



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2021
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Saggi

Giovanni Chiola – *L'insegnamento universitario in carcere alla prova dell'emergenza sanitaria* (p. 1)

Luigi Ferraro – *La sentenza Weiss e il principio di proporzionalità secondo la Corte di Lussemburgo* (p. 31)

Giovanna Petrillo – *I limiti della “non) punibilità degli illeciti di cui agli art. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000: incertezze applicative e logica europea di prevedibilità* (p. 47)

Luca Bartolucci – *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next Generation EU* (p. 133)

Francesco Schettino e Domenico Suppa – *Sulle crescenti iniquità italiane: un commento alle evidenze empiriche più recenti* (p. 149)

Andrea Gatti – *Le attuali sfide della rule of law in Germania tra indipendenza dei magistrati, lobbismo e tutela dei diritti nell'emergenza* (p. 182)

Note e commenti

Luca Di Majo – *Breve storia triste del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27. L'ennesimo colpo inferto alla qualità della legislazione italiana* (p. 20)

Marina Calamo Specchia – *Audizione della Prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, 6 ottobre 2021, ore 10.30* (p. 107)

Teresa Esposito – *Giudizio abbreviato ed ergastolo: tra controllo di costituzionalità e discrezionalità legislativa. Nota a Corte costituzionale n. 260 del 2020* (p. 211)

Raffaele Manfellotti – *“E non c'era rimasto nessuno a protestare”. Libertà di riunione, riserva di attività amministrativa e limitazione del dissenso nel contesto dell'emergenza pandemica* (p. 202)

Angela Cossiri – *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura* (p. 232)

Materiali

Andrea Patroni Griffi – *In ricordo di Giuseppe Tesauro* (p. 25)

Salvatore Prisco – *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia* (p. 70)

Paola Mazzina – *La verticalizzazione della decisione politica e il rapporto tra Stato e Regioni nel contrasto alla diffusione del contagio da Covid/19* (p. 167)

Raffaele Bifulco – *Recensione ad A. Manzella, Elogio dell'assemblea, tuttavia* (p. 226)

Notizie sugli autori (p. 248)

L'INSEGNAMENTO UNIVERSITARIO IN CARCERE ALLA PROVA DELL'EMERGENZA SANITARIA *.

di Giovanni Chiola**

Sommario. 1. Lineamenti costituzionali del trattamento rieducativo in carcere. – 2. Il diritto allo studio in carcere. – 3. Lo studio universitario penitenziario ed i Poli universitari penitenziari. – 4. Il diritto allo studio in carcere durante l'emergenza pandemica. – 5. La giurisprudenza della Corte EDU e italiana sull'“*access to the internet in jail*” per motivi di studio.

1

1. Lineamenti costituzionali del trattamento rieducativo in carcere.

Il carcere moderno, per essere in linea con i principi costituzionali, deve prevedere un'area ampia entro cui i reclusi possano svolgere relazioni e attività significative¹ che si avvicinino “[...] il più possibile agli aspetti positivi della vita nella comunità”². Conseguentemente la vigilanza sui detenuti dovrebbe consistere in una sorveglianza dinamica, e quindi nel controllo su una porzione spaziale molto estesa³. Purtroppo, con l'emergenza pandemica, di fatto sono stati sospesi i diritti che appartengono ad ogni persona libera, quali ad esempio, quelli alla cura del proprio fisico, alle pratiche religiose, all'istruzione, al lavoro,

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto Pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

¹ Nella Relazione conclusiva del 25 novembre 2013 della Commissione ministeriale per le questioni penitenziarie si evidenzia che «nella implementazione del sistema di vigilanza dinamica, ampiamente adottato a livello europeo e proposto dalle più recenti circolari della Amministrazione, va potenziata la conoscenza dei detenuti, individualmente e come gruppo di riferimento, e la possibilità del loro movimento autonomo negli Istituti, con progressivo abbandono del sistema di accompagnamento». Il carcere di Bollate è un modello unico che consiste nell'apertura delle celle durante il giorno, che spinge i controllori ad una supervisione minima, mentre i detenuti con dei *badges* elettronici possono muoversi liberamente all'interno del carcere e possono godere, in caso di visita dei familiari, di spazi autonomi.

² Il principio è stato ribadito recentemente dalle Regole Penitenziarie Europee, appena aggiornate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (2020).

³ Regole penitenziarie europee 2020, n. 25.2: «This regime shall allow all prisoners to spend as many hours a day outside their cells as are necessary for an adequate level of human and social interaction».

anziché condizionare le modalità di esercizio all'interno del carcere⁴. Tra i diritti dei reclusi, mi occuperò specificatamente di quello allo studio⁵.

In conformità all'art. 27 Cost., le strutture penitenziarie devono rappresentare non soltanto dei luoghi di custodia, ma anche di recupero dei detenuti finalizzati al loro miglioramento per consentirne poi il reinserimento nella società⁶. Qualora l'aspetto custodiale dovesse prevalere su quello trattamentale si determinerebbe l'inerzia e la sedentarietà dei detenuti che, oltre a rappresentare un possibile fattore di rischio per alcune patologie fisiche e mentali⁷, potrebbe favorire l'insorgere di comportamenti pericolosi per l'ordinata vita all'interno degli istituti statali⁸. Non a caso, in piena pandemia, quando l'aspetto custodiale è stato nettamente prevalente, si sono avute le rivolte carcerarie del 7 e 8 marzo 2020, che hanno coinvolto diversi istituti penitenziari⁹. La pena, infatti, non si deve identificare con la restrizione della libertà personale, ma deve tendere alla rieducazione di ciascun detenuto, conformemente ai principi costituzionali¹⁰. L'esecuzione della pena detentiva dovrebbe comportare soltanto la limitazione della libertà personale dei detenuti con esclusione, comunque, di misure degradanti.

Se la perdita della libertà personale da parte dei detenuti comporta la loro sottoposizione ad un ordinamento speciale volto a garantire l'esecuzione della pena¹¹, non li priva

⁴ A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020; M. D'Amico, *L'emergenza sanitaria e i diritti dimenticati*, in G. De Minico e M. Villone (a cura di), *Stato di Diritto. Emergenza. Tecnologia*, Consulta online, 2020.

⁵ Per un'ampia disamina sulle difficili condizioni della scuola italiana durante l'emergenza sanitaria, cfr. F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, *infederalismi.it* del 10 febbraio 2021.

⁶ Dal XV rapporto sulle condizioni di detenzione di Antigone del 2019, emerge il dato secondo cui in 98 istituti penitenziari visitati nel corso del 2019, nel 35,7% dei casi non in tutte le sezioni le celle erano aperte almeno 8 ore al giorno. In più di un terzo degli istituti i detenuti continuavano a passare in cella troppe ore.

⁷ La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico, Documenti dell'Agenzia Regionale di Sanità della Toscana, n. 83, aprile 2015, in https://www.sanita24.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/_Oggetti_Correlati/Documenti/Regioni-e-Aziende/Carcere.pdf. I dati dimostrano che la media giornaliera delle ore passate in cella è di 16,5.

⁸ V. circolare Dap del 24.04.2010, n. 0377644 sui *Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire fenomeni auto aggressivi*, che dimostrava la necessità di creare alcuni spazi all'interno del carcere, atti a valorizzare momenti di affettività o almeno per il semplice vivere quotidiano.

⁹ Antigone, *L'organizzazione della vita detentiva secondo quanto previsto dalla Costituzione e dalle norme internazionali*, 2020, in www.AntigoneUnmodelloorganizzativo.pdf.

¹⁰ E. Dolcini, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 55 ss.

¹¹ La l. n. 354/1975, che ha istituito l'ordinamento penitenziario, ha dato piena attuazione non soltanto alla Carta costituzionale repubblicana ma anche alla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e alle sentenze dei giudici nazionali e sovranazionali, su cui poggia la nostra società democratica.

necessariamente dell'esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti¹². Il contrasto tra lo status di detenuto e l'esercizio dei diritti riconosciuti alla persona va risolto alla luce del principio secondo cui ai detenuti va riconosciuto l'esercizio di tutti i diritti individuali ove ciò sia compatibile con l'esecuzione della pena. Quest'ultima, inoltre, non può avere soltanto carattere afflittivo giacché è lo stesso art. 27 Cost. ad imporre che la stessa, in negativo, non deve comportare trattamenti contrari al senso di umanità e, in positivo, deve svolgere una funzione rieducativa del condannato. Al legislatore dovrebbe spettare l'operazione di mediazione, dal momento che sono in gioco beni costituzionalmente garantiti che possono trovarsi in conflitto tra di loro. In presenza di un ordinamento speciale, qual è quello penitenziario, gli spazi più o meno ampi di indeterminatezza lasciati dal legislatore, andrebbero colmati dalle particolari fonti previste da tale ordinamento (regolamenti, circolari), anche se, comunque, la loro forza non potrà che essere di livello secondario e, quindi, subordinate alla legge¹³. L'art. 16, l. n. 354/75 che disciplina l'ordinamento penitenziario, affida, infatti, la regolamentazione del trattamento riservato ai detenuti, al regolamento interno di ciascun istituto (predisposto da una commissione composta da un giudice, il magistrato di sorveglianza, che la presiede, dal direttore del carcere, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale)¹⁴. Il regolamento è approvato dal Ministro della Giustizia. L'attribuzione di una competenza regolamentare a ciascun istituto può avere gravi conseguenze sull'eguaglianza nel trattamento dei diritti fondamentali dei detenuti, anche se, trattandosi di scelte riferibili ad atti di livello regolamentare queste saranno comunque suscettibili di controllo giudiziario attraverso il quale riuscire a garantire, sia pure con efficacia circoscritta al singolo istituto, il livello minimo di tutela dei diritti.

Almeno formalmente, tale paradigma costituzionale di riferimento è rispettato giacché il trattamento penitenziario, nelle sue linee fondamentali, è disciplinato dalla l. n. 354/75 e successive modifiche. L'art. 1 di tale legge impone, non soltanto la conformità ad umanità

¹² P. Nuvolone, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, n. 1/1963, p. 295 ss.

¹³ Il rischio concreto, all'interno del sistema detentivo, in assenza di norme legislative puntuali, può consistere nella capacità dell'amministrazione penitenziaria di incidere non soltanto sulla libertà personale, ma anche su tutti i diritti *uti personae* del detenuto, compreso quello allo studio.

¹⁴ La Corte di Cassazione si è espressa numerose volte sul potere discrezionale dell'Amministrazione Penitenziaria affermando che questa poteva incidere soltanto sulle modalità di esercizio del provvedimento giudiziario al fine di garantire il mantenimento dell'ordine e della disciplina interna (Cass. Pen., Sez. I, sent., del 07.07.2020, n. 23533).

ed il rispetto della dignità della persona dei detenuti, ma anche il riconoscimento dei diritti fondamentali della personalità.

Le misure di attuazione del regime carcerario devono essere, pertanto rispettose dei diritti dei detenuti¹⁵. La perdita della libertà personale non comporta anche la perdita degli altri diritti che non siano connessi alla finalità di tale restrizione né, tantomeno, la *capitis deminutio* di fronte all'autorità penitenziaria (Corte cost., sentenza n. 26/99)¹⁶.

Sul punto che più ci interessa e cioè quello relativo all'istruzione va, inoltre, richiamato l'art. 15, l. n. 354/75, che pone l'istruzione fra le principali attività trattamentali che possono essere svolte dal condannato in quanto costituisce lo strumento più efficace per svilupparne il senso della criticità e della riflessione.

L'art. 19, comma 1, ord. pen., in particolare, prevede che gli istituti penitenziari possono curare «la formazione culturale e professionale, mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo» e le «scuole di istruzione secondaria di secondo grado» (comma 4); mentre nel comma 5, si dispone che «sono agevolati la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore»¹⁷.

2. Il diritto allo studio in carcere.

L'istruzione, come anche la religione ed il lavoro, hanno costituito durante il periodo fascista, una delle tre medicine utili a far socializzare i detenuti con gli orientamenti ideologici dominanti in tema di ordine sociale¹⁸, attraverso, però, l'imposizione perché considerata educativa e, allo stesso tempo, afflittiva¹⁹. A seguito della riforma del 1975

¹⁵ Il detenuto è titolare di un residuo di libertà incompressibile dall'amministrazione penitenziaria, residuo tanto più prezioso in quanto è l'ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità (così Corte cost., sentenza n. 526/2000).

¹⁶ A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 5. La Corte costituzionale, sentenza n. 26/99, ha affermato che la restrizione della libertà personale subita dai detenuti non deve trascinare con sé anche il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria, dal momento che l'ordinamento costituzionale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti.

¹⁷ V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova, 2006.

¹⁸ Per un'approfondita ricostruzione storica dell'istruzione penitenziaria, v. A. Cesaro, *Insegnare dentro. La figura dell'insegnare in carcere*, in *Studium Educationis*, anno XX, n. 3/2019.

¹⁹ M. Ruotolo, *Dignità e Carcere*, Napoli, 2014.

dell'ordinamento penitenziario che ha riconosciuto i diritti ai detenuti, l'istruzione è stata resa facoltativa assieme al lavoro e alla religione²⁰.

Se l'istruzione costituisce la componente principale del trattamento rieducativo del detenuto e l'art. 34 Cost. riconosce a tutti di frequentare la scuola ed ai più capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, se ne può dedurre che lo studio deve essere aperto a tutti a prescindere da qualsiasi condizione personale dell'aspirante studente (principio di eguaglianza formale e sostanziale previsto dall'art. 3 Cost., strettamente connesso al principio di solidarietà ex art. 2 Cost.).

Se il diritto allo studio è un diritto sociale²¹, correlato al principio di cui all'art. 9 Cost. – che impegna la Repubblica a promuovere lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica – ed a quello della Repubblica d'istituire scuole statali per tutti gli ordini e i gradi (art. 33, comma 2, Cost.), quando viene esercitato all'interno degli istituti penitenziari assume la funzione di mezzo di assistenza scolastica e universitaria²², consentendo così di usufruire delle forme di sostegno previste per la realizzazione di tale obiettivo e quindi al detenuto di recuperare il percorso istruttivo che è stato interrotto o abbandonato in passato, oppure d'intraprenderlo *ex novo*.

In sintesi, il diritto allo studio in carcere comporta la possibilità del singolo detenuto di impegnarsi per acquisire conoscenze, secondo le proprie attitudini e preferenze e nello stesso tempo il diritto ad ottenere dall'amministrazione penitenziaria, alle condizioni stabilite dalla Costituzione e dalla legge, le prestazioni necessarie affinché l'attività d'apprendimento possa svolgersi²³.

L'istruzione, le attività culturali, artistiche e sportive costituiscono espressioni del fondamentale principio di tutela della persona umana che va riconosciuto anche ai detenuti,

²⁰ L'obiettivo a cui deve tendere il detenuto è il risultato finale di un percorso di reinserimento che, come stabilisce l'art. 15 ord pen., deve essere effettuato attraverso l'istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la partecipazione a progetti di pubblica utilità, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia, per compensare l'innaturale perdita della libertà.

²¹ A. Baldassarre, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 24 ss.

²² V. Atripaldi, *Il diritto allo studio*, Napoli, 1974, p. 13; S. Mastropasqua, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1980, p. 128 ss.

²³ V. Atripaldi, *Il diritto allo studio*, cit., p. 30, sosteneva che il diritto allo studio implicava anche il diritto di partecipare alla "comunità scolastica" e di contribuire a determinare l'organizzazione degli studi; contra, M. Mazziotti Di Celso, (voce) *Studio (diritto allo)*, in *Enc. Giur.*, XXXV, Roma, 1993, p. 5 ss. Per l'istruzione in carcere, cfr. C. Cantone, Videoconferenza del CESP – Rete delle scuole ristrette del 9 e 10 luglio 2020, *Ripensare il carcere: istruzione, cultura, tecnologie*, che sostiene l'importanza di creare un senso di comunità tra studenti-detenuti, docenti, polizia penitenziaria e operatori penitenziari.

previsto non soltanto dall'art. 34 Cost., ma anche da altre fonti internazionali²⁴ che, però come è stato dichiarato dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale del 2015, ha incontrato notevoli difficoltà d'attuazione concreta²⁵. La specifica proposta del Tavolo n. 9, infatti - in cui si raccomandava che l'istruzione e la formazione professionale fossero da considerare diritti permanenti e irrinunciabili della persona -, è stata insabbiata, impedendo così di adottare prescrizioni più cogenti attraverso le quali rendere lo studio in carcere, soprattutto l'istruzione di primo e secondo grado e dei corsi di formazione e qualificazione professionale, un diritto sostanziale, agevolandone le condizioni per renderlo effettivo.

All'interno degli istituti penitenziari non possiamo, infatti, affermare che sia stato ancora raggiunto un modello omogeneo d'istruzione e formazione, adeguato ad una popolazione adulta, caratterizzata da un forte disagio sociale²⁶. Non è stata data attuazione alla proposta del Tavolo n. 9, neppure in seguito. I d.lgs del 2 ottobre 2018, n. 123 e 124, attuativi della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario, n. 103/2017, risultano, infatti, sprovvisti di prescrizioni operative per realizzare il diritto di studio. Ogni istituto penitenziario, in assenza di una disciplina omogenea sul piano nazionale, può quindi dare attuazione al diritto allo studio in modo autonomo attraverso prescrizioni dettate con circolari e pareri²⁷.

Il legislatore, comunque, aveva prestato, particolare attenzione all'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo (19, comma 1, ord. pem.) e alla formazione culturale e professionale dei detenuti di età inferiore ai venticinque anni (art. 19, comma 2, ord. pen.), sottolineando l'importanza dell'educazione dei minori e dei giovani adulti, trascurando, così, l'istituzione delle scuole d'istruzione secondaria di secondo grado e gli studi

²⁴ Si vedano oltre all'art. 26 della Dichiarazione Universale Diritti dell'Uomo del 1948; l'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, reso esecutivo in Italia con L. 848 del 1955; art. 14 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.; art. 165, ex art. 149 Trattato sul funzionamento dell'U.E.

²⁵ Nel 2015 sono stati istituiti gli Stati Generali che, dopo circa un anno, (19 maggio 2015-19 aprile 2016) hanno concluso un percorso di riflessione e approfondimento, promosso dal Ministro della giustizia, diretto a ridefinire l'esecuzione della pena secondo un modello che puntava al reinserimento del detenuto. Al riguardo sono stati creati 18 tavoli a cui hanno partecipato personalità ed esperti del sistema penitenziario di derivazione accademica, ma anche provenienti dalle professioni giuridiche e dal volontariato.

²⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 9 – Istruzione, cultura, sport, 21 marzo 2016, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_9.page

²⁷ *Ex multis*: Circolare DAP 3556/2001: *Possesso ed uso di personal computers nelle camere di detenzione. Controllo sui computers*; Circolare DAP 0543651/2002: *Commissioni didattiche per istruzione e formazione professionale*; Circolare DAP 0217584/2005: *Area educativa: documento di sintesi e patto trattamentale*; Circolare DAP 061158/2015: *Precisazioni sull'uso dei social network da parte del personale dell'Amministrazione*; Circolare DAP 0031246/2019: *Utilizzo di Skype per l'effettuazione di videochiamate da parte dei detenuti ed internati con i familiari e/o conviventi*.

universitari²⁸.

Il Consiglio d'Europa, in merito all'istruzione ha adottato le Regole penitenziarie europee²⁹, tra cui la Regola n. 28.1³⁰ che garantisce il libero accesso di tutti i detenuti ai programmi d'istruzione e la Regola n. 28.7 che riconosce ai detenuti la possibilità di continuare il proprio percorso d'apprendimento anche dopo il rilascio³¹. Il legislatore italiano, si è recentemente uniformato al modello europeo d'istruzione penitenziaria delineato dalle EPR (*European Prison Rules*) e dagli standard sovranazionali, con il d. lgs. n.123(2018, che nel capo IV, art. 11, ha modificato le disposizioni in tema di vita penitenziaria dettate dalla l. n. 354/1975. Particolare attenzione è stata dedicata ai processi d'alfabetizzazione e all'insegnamento della lingua italiana per gli stranieri, come anche all'accesso agli studi universitari. Anche se, è necessario rilevare che, difformemente dal Consiglio d'Europa, interessato soprattutto all'accrescimento e alla formazione personale dell'individuo, prima che del detenuto, il nostro legislatore si è limitato a riconoscere a quest'ultimo una *concessione allo studio in carcere*, anziché un *diritto* pienamente esigibile. L'istruzione carceraria, quindi, non sarebbe un diritto *ex se*, ma un servizio ancillare al diritto al lavoro, perché offrirebbe la possibilità ai detenuti di prepararsi alla futura vita professionale, conseguendo una preparazione adeguata alle condizioni richieste dalla comunità³². Al fine di ottenere un'istruzione analoga a quella esterna, gl'istituti penitenziari utilizzano una fitta rete d'intese e convenzioni con le autorità scolastiche locali, mediante l'istituzione di vere e proprie succursali all'interno di numerosi istituti penitenziari³³. Peraltro, un significativo limite al diritto allo studio in carcere colpisce una

²⁸ L'art. 19, comma 3 ord. pen., stabiliva che: Con le procedure previste dagli ordinamenti scolastici possono essere istituite scuole d'istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari. L'art. 19, comma 4, ord. pen., invece, indicava che: È agevolato il compimento degli studi dei corsi universitari ed equiparati ed è favorita la frequenza a corsi scolastici per corrispondenza, per radio e per televisione.

²⁹ Le Regole penitenziarie europee (EPR) furono adottate la prima volta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1973, modificate successivamente nel 1987, 2006 e 2020.

³⁰ Regola 28.1, «Every prison shall seek to provide all prisoners with access to educational programmes which are as comprehensive as possible and which meet their individual needs while taking into account their aspiration».

³¹ Regola 28.7, «As far as practicable, the education of prisoners shall: a be integrated with the educational and vocational training system of the country so that after their release they may continue their education and vocational training without difficulty; and b take place under the auspices of external educational institutions».

³² A conferma di ciò il d.lgs. n. 124/2018, art. 2, comma 1, lett. a), che se ha eliminato il principio dell'obbligatorietà del lavoro penitenziario, ha ribadito la sua parità al lavoro, esercitato nella società libera, sia in termini di organizzazione che di metodologia sottolineando, l'importanza della sua funzione professionalizzante per il reinserimento sociale.

³³ Il 23 maggio 2016 è stato firmato un Protocollo d'intesa tra il Ministero della Giustizia e il MIUR, il Programma speciale per l'istruzione e la formazione negli istituti penitenziari e nei Servizi Minorili della

grande parte della popolazione carceraria, quella degli imputati non ancora condannati³⁴. Anche se questi ultimi possono chiedere di partecipare e accedere alle stesse attività trattamentali dei condannati, è ragionevole limitare l'accesso ai corsi di studio che siano di lunga durata, che finiscano inevitabilmente per essere riservati ai casi in cui sia stata emessa una sentenza di condanna definitiva. Questa logica volta all'ottimizzazione dell'utilizzo delle risorse disponibili, favorendo l'esercizio del diritto allo studio per coloro che si trovano a scontare una pena per un periodo di tempo congruo al raggiungimento dell'obiettivo finale (attestato, diploma oppure laurea), si scontra con i tempi lunghi della carcerazione preventiva³⁵, cosicché numerosi imputati in attesa di primo giudizio e condannati non definitivi non hanno la possibilità di accedere a tale diritto³⁶.

Il diritto allo studio universitario in carcere, invece, anche se garantito da una *soft law* fissata dagli standard sovranazionali, come le Nelson Mandela Rules e dagli standard del Cpt (*Committee against Torture*), dettati per porre le basi per umanizzare la pena³⁷, ai quali debbono attenersi le norme nazionali, è riuscito a trovare, solo recentemente, piena e concreta attuazione nei PUP (Poli Universitari Penitenziari).

Il novellato art. 19, comma 4, ord. pen, ha stabilito che per agevolare la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori, sia necessario introdurre lo strumento delle convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, nonché ammettere i detenuti ed internati ai tirocini di cui

Giustizia, per valorizzare l'istruzione quale strumento idoneo a favorire la revisione critica del reato, l'attivazione di processi di reinserimento del condannato nella vita sociale e il recupero del rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile.

³⁴ Il regolamento di esecuzione della legge sull'ordinamento penitenziario (DPR 230/2000) stabilisce all'art. 43, c.2 che «a tali corsi sono ammessi detenuti e internati che [...] debbano permanere in esecuzione della misura privativa della libertà per un periodo di tempo non inferiore ad un anno scolastico».

³⁵ Cfr. O. Firouzi, M. Miravalle, D. Ronco e G. Torrente, *Al di fuori della prigione. I risultati dell'Osservatore europeo sulle alternative al carcere*, in *Studi sulla questione criminale*, 1/2018, p. 95 ss. I dati raccolti dal Center For Prison Studies indicano l'esistenza di 3,3 milioni di detenuti europei in attesa di giudizio su una popolazione carceraria di circa 10 milioni di persone. In Italia l'eccessivo ricorso alla custodia cautelare è arrivato (imputati in attesa di primo giudizio e condannati non definitivi) all'attuale 31,4%. I processi penali pendenti, poi, sono giunti alla cifra monstre di 1,5 milioni, di cui più di 300.000 dalla durata irragionevole e quindi, prossimi alla violazione della legge del 24 marzo 2001, n. 89, nota come legge Pinto.

³⁶ D. Ronco, *Il diritto allo studio universitario in carcere*, in *Antigone. Il carcere e i suoi operatori*, n. 2 del 2007, che suggerisce di predisporre attività in materia d'istruzione che siano flessibili e che consentano al detenuto di acquisire dei crediti formativi che siano riconosciuti "pezzo per pezzo".

³⁷ Le Raccomandazioni rappresentano lo strumento più efficace per dare valore al complesso di diritti oggi disegnato nell'ordinamento penitenziario. Queste non avevano l'intento di descrivere un sistema penitenziario modello, ma di fissare i principi generali e le regole minime di una buona organizzazione penitenziaria e di una buona pratica di trattamento dei detenuti.

alla l. n. 92/2012³⁸. Si è ottenuto quindi, un concreto impegno delle università italiane all'interno delle istituzioni penitenziarie, reso possibile dai Protocolli d'intesa con il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) ed i Provveditorati Regionali dell'amministrazione penitenziaria (PRAP), ma anche grazie alla disponibilità delle direzioni dei singoli istituti, la sensibilità dei singoli docenti o gruppi di docenti e agli interessi manifestati dagli stessi detenuti. Ciò nonostante, il diritto sociale dell'istruzione è fragile a causa della sua scarsa *giustiziabilità*, quando alcune Regioni e molti istituti penitenziari non offrono questa opportunità³⁹.

La diffusione dei PUP italiani ha costituito un grande esperimento educativo, unico nel suo genere all'interno del panorama internazionale⁴⁰. Anche se la platea studentesca costituisce una percentuale bassa – se consideriamo che gli iscritti ai poli universitari penitenziari è pari all'1%, del totale della popolazione carceraria –, il *trend* è in aumento⁴¹.

Anche il diritto all'istruzione, all'interno del carcere, può annoverarsi tra i diritti *uti personae* che vanno riconosciuti anche ai detenuti. Il diritto all'istruzione oltretutto, costituisce un elemento irrinunciabile del trattamento rieducativo giacché offre al singolo individuo temporaneamente detenuto, nella prospettiva del suo reinserimento nella società, l'opportunità di disporre di uno strumento necessario alla ridefinizione del proprio progetto di vita e all'assunzione di responsabilità verso sé stesso e la società⁴².

Una conferma di tale riconoscimento può cogliersi nella Circolare del Dipartimento

³⁸ L'articolo deve essere interpretato estensivamente a favore dello studio dei detenuti che godono di misure alternative alla detenzione, come la semilibertà, prevedendosi ulteriori benefici economici che garantiscano un effettivo diritto allo studio ai soggetti che versino in disagiate condizioni economiche e che incentivino la partecipazione dei detenuti ai corsi universitari.

³⁹ F. Prina, *I processi di implementazione delle norme: dai diritti di carta ai diritti sostanziali*, in A. Cottino (a cura di), *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bologna, 2016. Le Regioni Puglia e Sicilia stanno avviando un percorso di sviluppo per arrivare all'istituzione dei PUP.

⁴⁰ Cfr. F. Prina, *Intervento*, Convegno "Polo Universitario in Carcere: Diritto allo studio per costruire il futuro", 2 ottobre 2020, presso la Casa Circondariale "Pasquale Mandato", sostiene che il primo Polo penitenziario universitario è stato fondato nel 1998, a Torino e da quella data fino ad oggi sono stati istituiti poli in 92 istituti penitenziari, coinvolgendo 30 Atenei, 180 Dipartimenti e 270 Corsi di Laurea per un totale di 926 (897 uomini, 29 donne) studenti iscritti nell'a.a. 2019/20. Per quanto riguarda la scelta dei Corsi di laurea, il 23% opta per le discipline politico-sociologiche; il 21% per quelle umanistiche, il 17% per quelle di scienze naturali; il 17% giuridiche l'8% storico-filosofiche; il 7% economiche; il 4% psico-pedagogiche; il 3% altre.

⁴¹ F. Prina, *L'impegno delle Università nelle istituzioni penitenziarie: diritto dei detenuti agli studi universitari, ricerca e terza missione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2020. Tra gli immatricolati nell'a.a. 2019/20 ci sono i detenuti (600), le persone in esecuzione penale esterna (70), che hanno intrapreso gli studi in carcere e che li proseguono nel momento di ottenere i benefici, ma anche persone che stanno scontando la pena in regimi speciali, più restrittivi, come il 41-bis (15), o il regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario (300).

⁴² V. Circolare del Ministero della Pubblica Istruzione n. 253 del 1993.

dell'amministrazione penitenziaria del 12 marzo 2020, recentemente adottata in piena emergenza pandemica, nella quale sono disciplinati i *Colloqui a distanza per motivi di studio ed utilizzo della posta elettronica. Attuazione negli Istituti Penitenziari delle misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in cui è previsto l'accesso a Internet.

Questo, infatti, viene ritenuto idoneo a garantire lo svolgimento di esami di laurea, esami universitari e colloqui didattici tra docenti e studenti detenuti, sia appartenenti ai circuiti di Media Sicurezza che AS3, anche se l'accesso è limitato a Skype e/o alla videoconferenza e alla posta elettronica per comunicazioni celeri con i docenti. Limite, quest'ultimo, formalmente legittimo giacché, come si è detto, la garanzia dell'ordine e della sicurezza costituisce uno degli obiettivi che, insieme alla rieducazione, vanno necessariamente perseguiti dall'Amministrazione penitenziaria nell'esecuzione della pena⁴³.

Se l'insegnamento in presenza, così come la conoscenza personale del detenuto è indispensabile per un più soddisfacente percorso didattico con i detenuti, la modalità d'insegnamento a distanza, si è rivelata determinante per introdurre strumenti didattici innovativi, ma anche per promuovere indagini di contesto dirette a migliorare la conoscenza del detenuto⁴⁴. L'esperimento dell'*e-learning* ha costituito, ad esempio, una risorsa ogniquale volta i detenuti incontravano delle difficoltà con le impostazioni pedagogiche tradizionali⁴⁵.

Il diritto all'istruzione all'interno del carcere necessita però di ulteriori azioni concrete (predisposizione di aule ad hoc, computer e libri da mettere a disposizione ecc.) che, però, non sono sempre di facile attuazione in quanto possono confliggere con le esigenze di sicurezza e di trattamento, che l'esecuzione della pena deve comunque rispettare⁴⁶.

⁴³ La pena e non la limitazione dei diritti, deve servire a soddisfare le esigenze di sicurezza.

⁴⁴ Videoconferenza del CESP – Rete delle scuole ristrette del 9 e 10 luglio 2020, *Ripensare il carcere: istruzione, cultura, tecnologie*. All'interno delle carceri è stato effettuato un monitoraggio della didattica che ha messo in luce le criticità legate alla DaD in modalità sincrona dove le ore di lezione svolte, nel campione di istituti penitenziari e scolastici rappresentati, sono state pari al 4% del dovuto (secondo il dato CESP, su 38.520 ore dovute ne sono state erogate 1.410). Di questo 4%, il 3,16% è stato erogato nelle classi finali e lo 0,76% nelle altre classi.

⁴⁵ P. Diana, *[L'e-learning in carcere]. Esperienze, riflessioni e proposte*, in *Cambio*, Anno III, 6/2013.

⁴⁶ A. Sbraccia e F. Vianello *I Poli universitari in carcere. Appunti e note critiche a partire dalle esperienze in corso*, in V. Frisio e I. Decembrotto (a cura di), *Università e carcere. Il diritto allo studio tra vincoli e progettualità*, Milano, 2018.

3. Lo studio universitario penitenziario ed i Poli universitari penitenziari.

L'università non si occupa soltanto della didattica e della ricerca ma anche di fornire uno strumento importante d'inclusione e di promozione sociale che, nel caso degli istituti penitenziari, è d'immediata evidenza. L'impegno delle università dev'essere prima ancora che di terza missione (come forma di *public engagement*), di riconoscimento del diritto allo studio per tutti, anche per coloro che vivono un particolare regime di privazione della libertà personale.

L'università, nel quadro delle garanzie all'istruzione dei detenuti, deve riconoscere gli specifici bisogni di cultura, tenendo conto dell'età, delle esperienze occupazionali pregresse, del *background* socioculturale e dell'entità della pena da scontare, organizzandosi in Poli strutturati. Ecco allora che i progetti dei Poli universitari penitenziari costituiscono il risultato concreto di una scommessa fatta sull'esistenza di uno spazio reale di tutela dei diritti del detenuto in qualità di studente⁴⁷.

Il sostegno allo studio degli studenti iscritti al polo universitario penitenziario incide sul modello foucaultino e goffmaniano di carcere, come luogo in cui la costrizione è sempre presente⁴⁸. Inoltre, gli studenti avrebbero la possibilità di sperimentare diverse metodologie didattiche che vanno dalle lezioni frontali all'*e-learning* e allo Skype controllato che trovano un valido fondamento negli artt. 33 e 34 Cost., ma che risentono inevitabilmente delle caratteristiche proprie del carcere, come luogo dove la sicurezza deve avere sempre la priorità. A questo riguardo è opportuno ricordare che i diversi circuiti penitenziari come l'Alta sicurezza o i regimi particolari, presuppongono una diversa modulazione delle regole di sicurezza che variano a seconda della tipologia di reato e della sua gravità⁴⁹. Ogni Polo vive autonomamente l'esperienza formativa basata sull'incontro fra gli interessi dei detenuti, dei singoli docenti e le disponibilità offerte da ciascuna Direzione e dai responsabili del Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria (PRAP). Per facilitare il coordinamento fra gli Atenei che sono impegnati nell'universo carcerario è stata

⁴⁷ M. Palma, *Intervento*, Convegno "Libertà di studiare: l'Università in carcere", 28.11.2019, La Sapienza, Roma. L'A. sostiene che affinché lo studio universitario penitenziario sia possibile è indispensabile perseguire: 1) continuità, cioè una politica dei trasferimenti rispettosa del diritto allo studio; 2) equivalenza del proprio compito formativo a soggetti dissimili; 3) rimozione delle paure legate alle tecnologie applicate alle istituzioni carcerarie.

⁴⁸ P. Buffa, *Prigioni: Amministrare la sofferenza*, Torino, 2014.

⁴⁹ V. Circolare DAP 0011481/2007, *Circuito penitenziario per detenuti A.S.* e Circolare DAP 0361960/2009, *Definizione dei nuovi Circuiti penitenziari di Alta Sicurezza*.

istituita dalla Conferenza dei rettori delle università italiane (CRUI) e dagli Atenei associati nel 2018, la Conferenza nazionale dei delegati dei rettori per i Poli universitari penitenziari (CNUPP), per rappresentare in modo unitario le esigenze che si sono manifestate dall'incontro tra sistema universitario e amministrazione penitenziaria centralizzata e locale. La Conferenza nazionale raggruppa 35 Università che in relazione alla diversa offerta formativa e numero di studenti, sono presenti in 75 istituti penitenziari (Case di reclusione, Case circondariali). Dal momento che sono ancora numerose le università che non si sono impegnate ad offrire opportunità agli studenti detenuti, l'obiettivo è di istituire per ogni Regione almeno un PUP. Secondariamente, sarebbe opportuno fissare in ciascuna università penitenziaria alcune condizioni omogenee di funzionamento, come, ad esempio, la predisposizione di locali di studio dotati di attrezzature atte a garantire la possibilità di accesso a siti informativi attraverso i quali agevolare il diritto alla libera informazione dei detenuti (art. 18 comma 9, ord. pen.) e d'istituire biblioteche⁵⁰. Soprattutto, per ridurre l'abbandono scolastico/universitario, è necessario fissare delle regole in materia di mobilità dei reclusi-studenti, che garantiscano il loro trasferimento presso gli istituti penitenziari che siano dotati di PUP. Inoltre, il completamento dei percorsi di studio universitario dev'essere assicurato da accordi speciali tra università, anche nei casi d'applicazione delle misure alternative in esecuzione penale esterna oppure di scarcerazione per fine pena. Infine, è importante che siano assicurate forme omogenee di convenzionamento fra UEPE (Ufficio per l'esecuzione esterna della pena), PRAP, Istituti penitenziari e Università. L'11 settembre 2019 è stato firmato un Protocollo che ha individuato comuni linee d'indirizzo fra Poli che consentivano l'ingresso di studenti liberi nei penitenziari e che autorizzavano gli stessi a svolgere attività di ricerca e di approfondimento nel carcere. A breve, verrà inoltre adottato, da parte di tutti i Rettori, un quadro di condizioni minime, cioè un pacchetto di regole condivise sulla didattica a distanza, sul riconoscimento dell'impegno didattico e sulla struttura amministrativa dei docenti, tutor e personale dedicato.

Le esigenze legate allo sfollamento carcerario hanno, infatti, determinato in passato, gli improvvisi e massicci trasferimenti dei detenuti in luoghi spesso lontani dal territorio di appartenenza. Questo elevato *turn over* dei detenuti, che si è verificato soprattutto nelle Case Circondariali, non soltanto ha reso impossibile il completamento dei cicli scolastici e universitari strutturati in modo tradizionale, ma addirittura la validazione dei percorsi già

⁵⁰ Il comma 9 dell'art. 18 ord. pen. è stato inserito dall'art. 11, comma 1, lett. g) d.lgs n. 123/2018.

realizzati⁵¹. Tale evenienza dimostra come, nel caso dei cittadini privati della libertà, il riconoscimento del diritto allo studio universitario sia condizionato, in parte dagli specifici regolamenti carcerari ai quali sono sottoposti gli studenti detenuti. Comunque, la presenza delle università all'interno delle strutture carcerarie è benefica perché svolgono anche la funzione di rendere più trasparenti le strutture carcerarie. Gli Atenei dovrebbero avere come obiettivo primario quello di creare un collegamento tra il carcere e il territorio, che presuppone, però, il riconoscimento al detenuto della qualità di persona dotata di una propria dignità, che va aiutata a reinserirsi nel contesto sociale. Per fare ciò la sfida più gradevole che i poli dovranno affrontare sarà quella di avvicinare i reclusi al mondo universitario consentendo loro di riprendere gli studi interrotti o di iniziarli *ex novo* per prepararli al rientro in società.

4. Il diritto allo studio in carcere durante l'emergenza pandemica.

È in prospettiva solidaristica che va collocato l'intervento della Pubblica Amministrazione, diretto a colmare il divario nell'utilizzo delle tecnologie informatiche⁵², sia sensibilizzandoli sulla necessità di partecipare alla Rete in quanto strumento di sviluppo della personalità⁵³, sia rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale (upgrade tecnologico e infrastrutturale e programmi di formazione volti all'alfabetizzazione informatica diffusa di tutta la popolazione).

Problema, quest'ultimo, particolarmente rilevante per l'esercizio di alcuni diritti, come quello allo studio, riconosciuto ai detenuti in carcere⁵⁴.

La didattica on-line, anche prima del Covid-19, ha conosciuto una progressiva crescita nel tentativo di trovare modalità alternative volte a mantenere la centralità dell'istruzione all'interno degli istituti penitenziari (Circolare DAP 0366755 del 2 novembre 2015,

⁵¹ I decreti legislativi del 2 ottobre 2018, n. 123 e 124 ribadiscono in varie disposizioni il principio di vicinanza del detenuto al luogo di residenza, sia in fase di assegnazione dell'istituto, sia in relazione ad eventuali trasferimenti (14 Op. e 42 Op.), per evitare la rottura dei legami familiari e sociali.

⁵² Art. 8, d.lgs. n. 82/2005, Codice dell'amministrazione digitale: Alfabetizzazione informatica dei cittadini.

⁵³ A. Papa, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *federalismi.it*, 27 aprile 2008, p. 4 ss.

⁵⁴ S. Anastasia, *Carcere e comunicazione digitale, il retropensiero della less eligibility*, in *Diritti Globali* del 27 maggio 2020.

intitolata *Possibilità di accesso a Internet da parte dei detenuti*)⁵⁵.

Tra le diverse circolari del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, la GDap 0366755 del 2 novembre 2015, ha introdotto numerose innovazioni nell'utilizzazione dei personal computer nelle carceri, inserendo, peraltro numerose limitazioni, come se si trattasse di una concessione calata dall'alto da parte di un sistema centralizzato⁵⁶. La circolare⁵⁷ – che non è molto distante da una prassi che ha riempito a lungo un vuoto normativo in materia di accesso a Internet da parte dei detenuti – ha consentito di utilizzare i computer nelle camere di pernottamento e nelle sale destinate alle attività comuni, mentre l'accesso a Internet è stato utilizzato dalle postazioni fisse in cui si svolgevano i progetti di reinserimento dei detenuti, come ad esempio, le biblioteche. Successivamente, la circolare Dap n. 0031246 del 30 gennaio 2019 si è aperta maggiormente ad alcuni mezzi informatici come *Skype for business*, volti ad effettuare videochiamate da parte dei detenuti ed internati con i familiari e/o conviventi, ma anche ad utilizzare i computer in cella e a connettersi a Internet per motivi di studio, per la formazione e l'aggiornamento professionale. Durante l'emergenza provocata dal coronavirus, la didattica a distanza (Dad) svolta nelle carceri ha subito una brusca sospensione delle lezioni nei primi mesi per poi stentare a diffondersi uniformemente nel tempo perché soltanto pochi detenuti hanno potuto disporre dell'accesso a Internet attraverso videochiamate e lezioni in *streaming*⁵⁸. Dapprima per gli

⁵⁵La circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Pubblica del 2015, da un lato si propone di valorizzare le esperienze innovative di telelavoro, formazione e didattica a distanza, già realizzate in alcuni Istituti, dando nuova linfa al rapporto tra il carcere e il territorio in tutte le sue espressioni significative che sostengono la partecipazione dei detenuti alla vita sociale e familiare. Dall'altro lato fornisce alcune indicazioni che riguardano “le esperienze già in corso e quelle in via di realizzazione”.

⁵⁶Espressione utilizzata da D. Galliani, *Internet e la funzione costituzionale rieducativa della pena*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2017, p. 18 ss.; P. Costanzo, *Internet e libertà d'informazione dentro le mura carcerarie*, in *Dir. Informazione e dell'informatica*, 2015, p. 944 ss., sostiene che la circolare costituisce uno “strappo” alle fonti.

⁵⁷Sulle criticità legate allo strumento dinamico delle circolari si veda F. Satta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *Nuove autonomie*, Napoli, 2012, p. 487.

⁵⁸Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, Bollettino n. 34, 29 maggio 2020, in cui il Garante precisa che: «Se alcune scuole nelle carceri hanno già assicurato la prosecuzione dei corsi con la Didattica a distanza (Dad), tuttavia, questa modalità è rimasta relegata a poche esperienze. Secondo un sondaggio effettuato da alcuni docenti delle scuole in carcere, solo il 20% degli Istituti ha assicurato agli studenti detenuti una qualche possibilità di non interrompere del tutto l'anno scolastico, talvolta con formule che difficilmente possono essere considerate sufficienti (una videochiamata a settimana per classe con un rappresentante della classe stessa o due ore di lezione una volta alla settimana)» https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG8955&modeId=10021. A causa della crisi sanitaria legata al Covid-19, il Ministero dell'istruzione ha sottolineato la necessità di favorire il diritto all'istruzione attraverso modalità di apprendimento a distanza anche per i frequentanti di percorsi di istruzione degli adulti presso gli istituti di prevenzione e pena, in accordo con le Direzioni degli istituti medesimi.

esami universitari⁵⁹, che potevano essere gestiti *a distanza*, poi gradualmente fino al periodo della piena ondata pandemica, si è sentito forte il bisogno di mantenere una forma di scambio tra docenti e studenti attraverso alcuni provvedimenti, come le circolari DAP⁶⁰, che fissano alcune linee guida d'indirizzo alla tecnologia in carcere, senza però sviluppare alcun vero processo di alfabetizzazione informatica⁶¹.

5. La giurisprudenza della Corte EDU e italiana sull'“*access to the internet in jail*” per motivi di studio.

In carcere il riconoscimento dell'accesso a Internet⁶² per motivi di studio è esplicito, sia pure condizionato dai limiti previsti dal regolamento che, però, debbono rispondere alle esigenze di tutela dell'ordine e sicurezza insite nell'art. 13, Cost., che disciplina la restrizione della libertà personale (Corte cost., sentenza n. 526/2000).

In prospettiva garantistica dei diritti del detenuto appare quindi difficile ammettere che l'Autorità penitenziaria possa negare l'accesso a Internet invocando, ad esempio, la

⁵⁹ DPCM dell'8 marzo 2020 “Ulteriori disposizioni attuative del d.l. n. 6/2020, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19* specialmente in relazione all'art. 2 commi: h) «[...] ferma in ogni caso la possibilità di svolgimento di attività formative a distanza», n) “nelle Università e nelle Istituzioni di alta formazione artistica musicale e coreutica, per tutta la durata della sospensione, le attività didattiche o curriculari possono essere svolte, ove possibile, con modalità a distanza [...]”, o) “a beneficio degli studenti ai quali non è consentita, per le esigenze connesse all'emergenza sanitaria di cui al presente decreto, la partecipazione alle attività didattiche o curriculari delle Università e delle Istituzioni di alta formazione artistica e musicale e coreutica, tali attività possono essere svolte, ove possibile, con modalità a distanza [...]”, u) “[...] negli istituti penitenziari [...] I colloqui visivi si svolgono in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti»; il d.l. n. 11/2020, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria* specialmente in relazione all'art. 2 comma: 8) “Negli istituti penitenziari [...] a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 22 marzo 2020, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, ... sono svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria [...]”.

⁶⁰ P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, l'A. annovera tra le vittime del *digital divide* intergenerazionale, di genere e linguistico-culturale, oltre ai detenuti anche gli anziani, le donne non occupate, gli immigrati e i disabili.

⁶¹ P. Costanzo, *Internet e libertà d'informazione dentro le mura carcerarie* cit., ricorda Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 7521/2010, dove si afferma l'incapacità innovativa delle circolari che forniscono solamente istruzioni interpretative delle fonti subordinate e l'efficacia delle stesse all'interno dell'organizzazione degli uffici della P.A.

⁶² P. Costanzo, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?* in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 549 ss. L'A. sostiene che i motori di ricerca sono funzionali all'esercizio della libertà d'informazione.

manca di mezzi materiali che ne consentano l'esercizio⁶³. Non è in gioco la *modalità* di esercizio del diritto all'informazione (Cass. pen. I, 7.7.20 n. 23533), ma la preclusione all'accesso ad un determinato mezzo.

Lo stretto binomio, informazione-istruzione penitenziaria, viene ribadito nella giurisprudenza della Corte EDU che ha riconosciuto il diritto di alcuni detenuti d'informarsi e di ricevere un'istruzione universitaria tramite Internet. Dapprima con la sentenza *Kalda* contro *Estonia*, ric. n. 17429/2010 del 19 gennaio 2016 e successivamente nella decisione *Jankovskis v. Lituania*, Quarta Sezione, 17 gennaio 2017 (ric. 21575/08). In entrambe le pronunce, la Corte EDU riconosce che gli Stati si devono impegnare a realizzare politiche pubbliche volte al conseguimento di un accesso universale a Internet⁶⁴. Il ruolo primario di Internet, infatti, permette la diffusione della conoscenza, a seguito della capacità d'archiviazione e comunicazione di molteplici informazioni⁶⁵. Nel caso *Kalda*, la condizione carceraria giustificerebbe le interferenze dello Stato nei confronti dei diritti fondamentali dei carcerati – quali il diritto di ricevere informazioni all'interno del carcere – soltanto qualora venga dimostrato che aumentano i rischi per la sicurezza pubblica. In caso contrario, invece, viene invocata la violazione dell'art. 10 CEDU, che fa espresso riferimento alla libertà di espressione da parte di chiunque e quindi anche di ricevere informazioni senza subire interferenze da parte dello Stato. Anche la decisione *Jankovskis v. Lituania*, è in linea con il caso *Kalda*, ma anziché fare riferimento alla rieducazione dei detenuti realizzata per mezzo di Internet, prende in considerazione l'accesso a Internet come strumento indispensabile per frequentare un corso universitario online promosso dal Ministero⁶⁶. Il diritto d'informarsi e di ricevere un'istruzione universitaria è insito nello status di detenuto⁶⁷, anche se ciò non comporta l'obbligo degli Stati, di garantire a tutti i detenuti l'accesso a internet o a specifici siti internet. Sebbene la risocializzazione del

⁶³ La Corte EDU in un passaggio della sentenza *Kalda v. Estonia*, Seconda Sezione, 19 gennaio 2016 (ric. 17429/10) afferma che accedere a Internet sia «understood as a right», cioè non è un diritto ma viene percepito come se lo fosse. Pertanto, alcuni siti istituzionali avrebbero «la patente» di sicurezza a cui potrebbero accedere i detenuti che intendono svolgere ricerche di tipo normativo, senza subire alcuna restrizione, a dispetto di altri che invece sarebbero solamente alla portata delle persone libere.

⁶⁴ A questo proposito T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, n. 1/2011, p. 13, sostiene che si stia avviando sul tema dell'accesso a Internet un proficuo dialogo nazionale tra le Corti.

⁶⁵ Corte Edu, *Kalda* contro *Estonia*, ric. n. 17429/2010 del 19.01.2016, § 42.

⁶⁶ C. Bertolino, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»*, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, in *Consulta on line*, 16 marzo 2020.

⁶⁷ La Circolare Dap 0084702.U del 12 marzo 2020, prevede lo svolgimento di esami di laurea, esami universitari e colloqui didattici tra docenti e studenti detenuti, sia appartenenti ai circuiti Media Sicurezza che AS3, mediante videoconferenza e/o tramite Skype.

detenuto e il suo reinserimento sociale dipendano anche dalle informazioni che vengono continuamente aggiornate nel sito Internet e quindi, la piena consonanza tra l'accesso a quest'ultimo e la funzione rieducativa della pena, la nobiltà del fine non implica anche il diritto ad utilizzare ogni veicolo d'informazione e d'istruzione⁶⁸. Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 122/2017) ha riconosciuto all'amministrazione penitenziaria la legittimità di un potere regolamentare attraverso il quale limitare le pubblicazioni accessibili ad alcuni detenuti, giacché disciplinare le modalità di esercizio, non comporta una compressione illegittima del diritto costituzionalmente garantito al detenuto⁶⁹. Peraltro, se l'accesso alla rete è diventata una condizione necessaria per l'esercizio dei diritti fondamentali e lo sviluppo della persona, ogni limitazione all'accesso a tale mezzo deve necessariamente rispondere all'esigenza di tutelare altri valori costituzionalmente garantiti, quale, ad esempio, quello della sicurezza⁷⁰.

Non a caso, durante il Covid-19, l'accesso a Internet è arrivato anche all'interno del regime speciale di detenzione del 41-*bis* ord. pen. In materia di studio universitario, la Circolare DAP, 12 marzo 2020, ha consentito anche ai detenuti appartenenti al circuito di Alta Sicurezza (AS3) di svolgere gli esami universitari, di laurea ed i colloqui didattici con i docenti mediante videoconferenza e/o tramite Skype.

D'altro canto, nel momento stesso in cui gli istituti penitenziari hanno consentito ai detenuti l'uso dei nuovi strumenti di comunicazione a distanza, se vogliamo che i reclusi rientrano con successo nel mondo del lavoro e nella comunità sociale, non è più possibile tornare indietro⁷¹. L'informatizzazione ed il cablaggio della rete sono condizioni necessarie, oltre

⁶⁸ A. Longo, «*Est modus in rebus*». Modalità e contest nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017, in *Nomos. Le attualità nel diritto* n. 3/2017, p. 13 ss.

⁶⁹ La Corte cost., sentenza n. 122/2017, ha affermato che: «le misure di limitazione del diritto dei detenuti in regime speciale a ricevere e a tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta, incidono solo sulle modalità attraverso le quali dette pubblicazioni possono essere acquisite nell'ottica di evitare che il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno».

⁷⁰ R. Zaccaria, A. Valastro e E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, 2018, p. 208 ss.; T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia, Roma, 30 novembre 2010, ITTIG-CNR, Serie "Studi e documenti", n. 9, Napoli, Esi, 2011, p. 23 ss.; A. Valastro, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, ivi, p. 47 ss.

⁷¹ Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, Bollettino n. 26, 21 aprile 2020; Id. Bollettino n. 33, 22 maggio 2020 in cui il Garante precisa che: «gli strumenti introdotti in carcere recentemente non dovranno sparire al superamento dell'emergenza: al contrario, dovranno far capire come essi possano essere utilizzati in molti altri settori. Anche perché lo sviluppo del presente e le espressioni nonché i linguaggi che il presente assume come propri non possono mai essere espunti da quei percorsi che dovrebbero preparare al futuro del ritorno. Un futuro svincolato dal presente che, come un elastico, vuole sempre tornare al passato è un futuro di non reinserimento possibile»; Id., il Punto del 7 novembre 2020, n.3

agli investimenti sull'edilizia carceraria, per realizzare nel migliore dei modi il diritto allo studio dei detenuti⁷². Privare alcuni dell'accesso a tale mezzo, non soltanto equivarrà infliggere agli esclusi una pesante discriminazione ma anche a tradire la missione rieducativa di cui sono investiti gli istituti penitenziari⁷³.

Abstract: Questa ricerca si propone di analizzare il diritto al trattamento e alla rieducazione dei detenuti attraverso lo strumento della formazione universitaria. Non è un caso che l'istruzione generale sia stata messa al primo posto nel sistema penitenziario prima della religione e del lavoro, per sottolineare il suo ruolo cruciale nello sviluppo del senso critico e di riflessione del detenuto. Infatti, se si parte dall'assioma che i detenuti devono scontare la loro pena all'interno di una struttura carceraria e che la privazione della libertà comporta una permanenza più o meno prolungata, è indispensabile garantire loro condizioni di vita carceraria dignitose e, soprattutto, che questo periodo sia una preziosa occasione d'istruzione e un'opportunità di recupero delle conoscenze e della formazione professionale. A livello universitario in Italia si sono iscritti 926 (897 uomini, 29 donne) studenti nell'anno accademico 2019/20, sono stati coinvolti 30 Atenei, 177 Dipartimenti e 269 Corsi di Laurea. Nonostante l'aumento nell'ultimo decennio degli studenti iscritti nelle Università italiane, la percentuale in carcere, rispetto al totale della popolazione carceraria s'aggira intorno all'1%. Occorre notare che l'ondata pandemica ha richiesto nuove misure per garantire il diritto all'istruzione dei detenuti. Le leggi d'emergenza hanno di fatto garantito a tutti i detenuti, anche a quelli in regime di detenzione speciale, attraverso l'utilizzazione di Internet, non solo il diritto all'istruzione e all'informazione, ma anche all'affettività. Paradossalmente, però, l'apertura a soluzioni telematiche più ampie ha finito

in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, in cui il Garante nazionale sottolinea la particolare importanza della tecnologia dell'informazione e della comunicazione ampliando il loro positivo impiego già sperimentato in occasione del precedente periodo di forte diffusione del contagio.

⁷² A. Giorgis, *Intervento*, Convegno "Polo Universitario in Carcere: Diritto allo studio per costruire il futuro", 2 ottobre 2020, presso la Casa Circondariale "Pasquale Mandato"; Id., *Dentro le carceri valgono le stesse regole delle vaccinazioni nazionali*, La Repubblica 3 gennaio, 2020, sostiene che sono stati stanziati 80 milioni (25 nel 2021, 15 nel 2022, 10 ogni anno fino al 2026) per ampliare e ammodernare gli spazi e le attrezzature per il lavoro dei detenuti, nonché per il cablaggio e la digitalizzazione degli istituti.

⁷³ Di contrario avviso L. Decembrotto, *L'istruzione degli adulti in carcere durante l'emergenza Covid-19*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, Vol. 8, n. 2/2020, p. 288, che immagina una scuola in carcere pienamente autonoma, con un docente specializzato, consapevole di essere un "agente di cambiamento" in contesti detentivi. cfr. O. Favero, Videoconferenza del CESP – Rete delle scuole ristrette del 9 e 10 luglio 2020, *Ripensare il carcere: istruzione, cultura, tecnologie*, che sostiene l'utilità della presenza in carcere dei docenti scolastici e universitari perché altrimenti si negherebbe la rieducazione dei detenuti.

per accentuare il *digital divide* tra detenuti appartenenti a diversi istituti penitenziari, non essendo tutti dotati delle stesse attrezzature e connessioni.

Abstract: This research aims to analyze the right to treatment and re-education of convicts through the instrument of university education. It is no coincidence that general education was put in the first place in the penitentiary system before religion and work, to emphasize its crucial role in the development of the prisoner's sense of criticality and reflection. In fact, if we start from the axiom that prisoners must serve their sentence within a prison structure and that deprivation of liberty entails a more or less extended stay, it is essential to guarantee them dignified prison living conditions and, above all, that this period should be a precious opportunity for education and an opportunity to recover knowledge and professional training. At the University level in Italy 926 (897 men, 29 women) students enrolled in the academic year 2019/20, 30 Universities, 177 Departments, and 269 Degree Courses were involved. Though the numbers of students have increased in the last decade, the percentage of students enrolled in university prisons, out of the total prison population is still low about 1%. The pandemic wave called for new measures to guarantee the right to education inmates. The emergency laws guaranteed to all prisoners, even those under special detention regime, through the Internet, not only the right to education and information, but also to affectivity. Paradoxically, however, the opening to wider telematic solutions has ended up accentuating the digital divide between prisoners belonging to different penitentiary institutions, since they are not all equipped with the same equipment and connections.

Parole chiave: carcere – e-learning – covid-19 – digital divide – accesso a internet.

Key words: prison – e-learning – covid-19 – digital divide – access to internet.

BREVE STORIA TRISTE DEL DECRETO LEGISLATIVO 2 FEBBRAIO 2021, N. 27. L'ENNESIMO COLPO INFERTO ALLA QUALITÀ DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA.

di Luca Di Majo^{**}

20

Un alimento insalubre rischia di comportare significative conseguenze negative sia in termini di danno immediato (i.e. un'intossicazione alimentare) sia in termini di danno configurabile nel lungo periodo i cui effetti sono dilatati nel tempo, come accade quando la diffusione di malattie tumorali si aggancia alla presenza di una sostanza cancerogena nel prodotto alimentare.

Il diritto al cibo di qualità e soprattutto sano è da anni un obiettivo dell'Unione europea e degli Stati membri, tra cui l'Italia, e si colloca in un quadro più generale della sicurezza alimentare nella versione di *food safety*¹.

Ciò è vero soprattutto nell'era della globalizzazione, caratterizzata dal continuo espandersi delle catene di produzione e distribuzione di beni che, ormai, varcano continuamente i confini nazionali e continentali.

In un contesto del genere, il consumatore diventa il protagonista della filiera produttiva, ma anche il soggetto maggiormente a rischio, talvolta a causa di comportamenti antigiuridici dei produttori, talaltra per fattori endogeni rispetto alla medesima filiera produttiva, come accade quando – soprattutto a causa dell'imperversare della criminalità organizzata – lo sversamento incontrollato dei rifiuti e l'inquinamento ambientale incidono profondamente sulla genuinità dei prodotti agroalimentari.

Così, mentre la repressione delle frodi agroalimentari è direttamente connessa a profili consumeristici e trova la propria garanzia nell'ambito della disciplina codicistica e speciale,

^{**} Ricercatore t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

¹ Per tutti, cfr. C. Bottari (a cura di), *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, Rimini, Maggioli, 2015.

il contrasto alla malavita organizzata che agisce al di fuori del normale ciclo produttivo richiede attività extragiuridiche di controllo e monitoraggio ancorché a partire dalla normativa in tema di obblighi informativi a tutela della trasparenza.

In Italia, una delle prime forme di contrasto *speciale* alle frodi alimentari è contenuta nella legge 30 aprile 1962, n. 30 che modifica degli articoli 242, 243, 247, 250 e 262 del testo unico delle leggi sanitarie (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande).

Un impianto di natura contravvenzionale che si colloca nel più ampio contesto repressione penale.

Con decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27 recante *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2017/625*, in attuazione della delega conferita dall'art. 12, lett. a), b), c), d), e), legge 4 ottobre 2019, n. 117, il legislatore italiano ha però ritenuto di dover procedere ad un riassetto della normativa esistente «relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari», a cominciare dalla «abrogazione espressa delle norme nazionali incompatibili e [dal] coordinamento e riordino di quelle residue» (art. 12, comma 3, lett. a), legge n. 117/2019).

L'art. 18 del decreto legislativo abroga numerose disposizioni e, tra queste, in particolare ma involontariamente, integralmente la legge 30 aprile 1962, n. 283, relativa alla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande, ad eccezione delle disposizioni di cui agli articoli 7, 10 e 22.

La legge, come noto, si collocava come tassello di un mosaico normativo più ampio volto alla prevenzione e alla repressione penale degli illeciti alimentari, con evidenti ripercussioni negative in tema di informazione e trasparenza.

L'abrogazione che ha “scontentato tutti”² non era originariamente prevista dallo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere³ e probabilmente è il risultato della pessima tecnica normativa utilizzata in punto ad abrogazione.

² G. Forte, *L'abrogazione che scontenta tutti: la L. 283/62 e gli operatori di settore*, in *Giur. pen.*, n. 3/2021.

³ Sul punto, cfr. il *dossier* del Servizio Studio del Senato.

Come è stato infatti rilevato, “il richiamo al provvedimento per intero – fatte salve alcune norme che attribuiscono poteri regolamentari specifici al Ministero della salute – estende l’ondata abrogatrice ben oltre il settore dei controlli, finendo per cancellare, altresì, tutti gli illeciti a tutela di igiene e salubrità degli alimenti”⁴.

Come rilevato dall’Ufficio Massimario della Cassazione⁵, il decreto legislativo n. 27/2021, oltre ad essere viziato per eccesso di delega, non ha operato una depenalizzazione, con trasformazione dell’illecito penale in illecito amministrativo, ma una mera abrogazione delle norme penali.

In applicazione del principio di retroattività della *lex mitior*, i processi penali ancora pendenti per fatti-reato commessi prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 27/2021 andranno definiti con sentenza di assoluzione perché il fatto non era più previsto dalla legge come reato (art. 530, comma 1, c.p.p.). Per quelli già definiti con sentenza irrevocabile di condanna, cessa l’esecuzione della pena e gli effetti penali della condanna stessa.

Tuttavia, se in un primo momento il legislatore italiano aveva ritenuto incompatibile con il reg. n. 2017/625/UE la normativa interna, quasi immediatamente e attraverso lo strumento della decretazione d’urgenza ha ritenuto dover rivedere le scelte normative in funzione *riparatrice*.

Così, con decreto-legge 22 marzo 2021, n. 42 recante *Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare* sono state fatte rivivere le disposizioni in corso di abrogazione attraverso un rimedio ancora più incomprensibile che aggiunge caos al caos in una disciplina – quella penalistica – che richiede al contrario il rispetto puntuale dei principi di chiarezza, tipicità e di sufficiente determinazione della legge penale⁶.

Come ha altresì rilevato dal parere reso dal Comitato per la legislazione nella seduta dell’8 aprile 2021 all’esito dell’esame del disegno di legge di conversione del d.l. n. 42/2021 ai sensi dell’art. 96-*bis*, R.C., la formulazione dell’art. 1, comma 1, lett. c), non consente di individuare con precisione – o quanto meno con immediatezza – quali siano le disposizioni destinate a sopravvivere e quali quelle abrogate, risultato perseguibile invece con l’indicazione diretta degli articoli coinvolti.

⁴ E. Mazzanti, *Abrogata la legge 30 aprile 1962, n. 283: una scelta incomprensibile che rischia di aprire una voragine nel sistema degli illeciti alimentari*, in *Giur. pen.*, n. 3/2021.

⁵ Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo – Servizio Penale, *Relazione su attività normativa. Abrogazione della disciplina igienica della produzione e vendita di sostanza alimentari (l. n. 283 del 1962 e succ. modif.) ad opera del d.lgs. n. 27 del 2011*.

⁶ Corte cost., sentenza n. 364/88.

Non è possibile affermare con certezza se, in assenza dell’emanazione del d.l. n. 42/2021, la *riforma* avrebbe avuto apporti migliorativi di un testo comunque ambiguo e non chiaro, come rilevato la Comitato.

Certo è che anche in una occasione di mera risistemazione di parte della disciplina speciale in tema di frodi alimentari, per l’ennesima volta il legislatore italiano non pare abbia fornito una prova di eccellenza.

La *breve storia triste* di alcune disposizioni del decreto legislativo n. 27/2021 conferma ancora una volta il giudizio negativo e lapidario nei confronti del legislatore italiano, purtroppo noto come “pessimo artista”⁷ e incapace di partorire una normazione chiara, intellegibile, efficace e stabile.

Alla dottrina che si è occupata di qualità della normazione, il fenomeno continuo di sovrapposizioni e reviviscenze di disposizioni abrogate solo “*pour l’espace d’un matin*”⁸ è purtroppo ben conosciuto e caratterizzante ormai l’incerta legislazione italiana sia in tempi ordinari⁹, sia in tempi di crisi¹⁰.

Il decreto legislativo n. 27/2021, oltre ai profili legati alla tecnica normativa, rischiava di introdurre disposizioni palesemente incongruenti con la normativa ormai trentennale predisposta dall’Unione europea¹¹, a partire dalle direttive n. 1985/374/CE in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, e n. 1989/397/CE sui controlli uniformi fino all’etichettatura.

Tanto, in contrasto con un modello basato sul perno del principio di precauzione e sulla figura chiave del *consumatore*, pregiudicata da una concatenazione di atti che hanno comportato l’effetto inverso e incoerente rispetto alle intenzioni dichiarate di modificare, prima della sua entrata in vigore, la disciplina delle abrogazioni introdotta dal decreto legislativo n. 27/2021, al fine di evitare che rilevanti settori relativi alla produzione e alla

⁷ F. Carnelutti, *Scienza o arte della legislazione?*, in *Dir. ec.*, n. 2/1962.

⁸ M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁹ Diversi studiosi si sono occupati del tema della qualità della legislazione. Sul tema, anche solo per le indicazioni bibliografiche, si consenta il rinvio a L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

¹⁰ Sulla normazione tecnica durante l’emergenza epidemiologica, se si vuole, L. Di Majo, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da Covid-19*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2020 e *ID.*, *Prime riflessioni a partire da alcuni profili formali e di tecnica normativa dal D.P.C.M. 2 marzo 2021 al D.L. 1° aprile 2021 n. 44. Continuità e discontinuità tra il Governo Conte II e il Governo Draghi*, in *I Battelli del Reno*, anno IX-2021.

¹¹ Degni di nota sono anche i contenuti del *Libro Verde* del 1997 (Documento COM (97) 176 def. del 30 aprile 1997) e del *Libro Bianco* del 1999 (Documento COM (1999), 719 def. del 12 gennaio 2000).

vendita delle sostanze alimentari e bevande restassero privi di tutela sanzionatoria penale e amministrativa con pregiudizio della salute dei consumatori.

Abstract: Il contributo è una breve riflessione in merito alla scarsa attenzione che il legislatore italiano riserva alla qualità della legislazione e alle tecniche normative nell'ambito della progettazione legislative.

Abstract: The paper is a brief reflection on the lack of attention paid by the Italian legislator to the quality of legislation and regulatory techniques in the field of legislative planning.

Parole chiave: qualità della legislazione – Governo – Parlamento – procedimento legislativo – sicurezza alimentare.

Key words: better regulation – Government – Parliament – legislative process – food safety.

IN RICORDO DI GIUSEPPE TESAURO.

di Andrea Patroni Griffi*

25

Giuseppe Tesauo era un predestinato. Anche se essere un *figlio d'arte* non sempre è una scorciatoia per il successo. Un cognome ingombrante è un'arma a doppio taglio. Il paragone è dietro l'angolo e il rischio di fallimento anche. E se il termine di riferimento è il grande Alfonso Tesauo, devi avere un talento davvero eccezionale per proseguire negli studi giuridici e spalle larghe per scegliere in autonomia poi la tua strada. Ebbene entrambe le qualità in lui c'erano, forti e spiccate, sin da giovane.

Così, non scelse il Diritto costituzionale, che il padre insegnava a Giurisprudenza nell'Università di Napoli e già vedeva il cugino Paolo approfondire i suoi studi di Diritto pubblico americano, ma il Diritto internazionale e il Diritto delle Comunità europee, poi Diritto dell'Unione europea, che proprio lui avrebbe contribuito in maniera decisiva a rendere disciplina con propria dignità di autonomia scientifica.

Così, non si lasciò mai irretire dalle sirene della politica, che vide il padre potente Deputato e Senatore democristiano per tante legislature, ma fu lui scelto dalla politica per coprire incarichi istituzionali ai massimi livelli, italiani ed europei.

Il Diritto costituzionale era, per tanti versi, un orizzonte di destino per Giuseppe Tesauo, sino all'apoteosi della nomina a Giudice costituzionale e poi della sua elezione a presidente della Corte costituzionale. Quella Corte della cui legge sul funzionamento (l. n. 87 del 1953) fu relatore alla Camera dei deputati proprio il padre Alfonso.

Ma andiamo per ordine, seppure in necessaria sintesi, a dover ripercorrere una biografia davvero eccezionale.

* Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

La maturità classica fu al Liceo Umberto I di Napoli, lo stesso di tanti napoletani illustri di epoche diverse da Giorgio Napolitano a Vittorio Mezzogiorno, suo compagno. All'Università Federico II di Napoli, dove l'illustre e omonimo zio medico Giuseppe era il Rettore, conseguì la laurea in Giurisprudenza nel 1964.

Di qui l'attività di Avvocato, anche nello studio Carnelutti, uno tra i più accorsati d'Italia, che fu importante anche per la sua *forma mentis* di studioso di grande cultura, ma sempre attento ai risvolti concreti delle questioni giuridiche, alle visioni diverse che potevano portare a uno scontro oppure una ricomposizione in un accordo extragiudiziale.

Sotto la guida iniziale di Rolando Quadri, prende inizio la sua carriera di studioso di Diritto internazionale, nel 1965, come assistente ordinario e nel 1969 come libero docente di Diritto internazionale. È a Catania, Messina, poi, a Napoli, nel 1975, a trentatré anni, Ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Scienze politiche. Dal 1982 al 1994 è invece a Roma alla Facoltà di Economia e commercio dell'Università "La Sapienza", dove diviene anche Direttore della Scuola di specializzazione in Diritto delle comunità europee e Direttore dell'Istituto di diritto internazionale.

A partire dagli anni Ottanta la sua produzione scientifica si concentra sui temi del Diritto Comunitario e sui principi e le dinamiche del sistema concorrenziale posto a fondamento del processo di integrazione, sulla circolazione dei capitali, le banche e la politica industriale comunitaria.

Di qui la nomina ad Avvocato generale della Corte di Giustizia allora ancora denominata delle Comunità europee, carica che ricoprirà per dieci anni, dal 1988 al 1998, e che sarà occasione per allargare anche i suoi profili di indagine scientifica agli aspetti più generali e di sistema.

Dall'osservatorio privilegiato del nuovo ruolo Tesauero sviluppa, tra i primi, l'idea della giurisprudenza della Corte di Giustizia come chiave di lettura del processo di integrazione, capace di segnare il cammino dell'Unione al di là della questione di merito decisa nella singola decisione. Rifiuterà sempre il dibattito dottrinario, caro ai Costituzionalisti, sulla *Costituzione europea*, sulla perdita di sovranità degli Stati e sulla natura statutale o no dell'Unione, per concentrarsi sullo studio della giurisprudenza e del dialogo delle Corti quale strumento del processo di integrazione, capace di andare ben oltre il mercato.

Questa apertura degli interessi di studio e di riflessione insieme all'esperienza accumulata negli anni alla Corte di Giustizia saranno fondamentali per il modo in cui lui interpreterà il

nuovo alto incarico che gli viene affidato, su nomina dei Presidenti delle Camere, Violante e Mancino, quale Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dal 1998 al 2005.

Tesauro considera che davanti all'Autorità, ora da lui presieduta, si svolgono dei “giudizi relativi a determinate fattispecie, nel quadro di un'operazione che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità”¹ e che incidono quindi sulle libertà dei singoli e non solo sul mero principio o, addirittura, libertà di concorrenza.

Un'impostazione di pensiero forte sul ruolo dell'autorità indipendente posta a presidiare la concorrenza non solo dal punto di vista delle logiche e degli interessi del mercato, ma anche delle libertà dei cittadini, che porterà l'Agcm di Tesauro a memorabili decisioni contro i cartelli e gli abusi di posizione dominante. Un'impostazione che proseguirà con il suo successore, il compianto Antonio Catricalà, prima, e Giovanni Pitruzzella, poi, che si spingerà sino al punto di ritenere che in certe attività l'Antitrust è giudice ai *limitati fini* della legittimazione a impugnare in via incidentale una legge dinanzi alla Corte costituzionale. Ma sarà una Consulta, senza che più Giuseppe Tesauro ne sia componente, nel 2019 (sent. n. 13) a sconfessare questa occasione di allargamento della tutela del principio di costituzionalità.

Proprio alla Corte costituzionale Giuseppe Tesauro darà prova concreta della sua dottrina con una serie di decisioni, alcune anche molto *coraggiose*, che non gli hanno risparmiato critiche – ma le spalle erano larghe e la schiena diritta sin da giovane, figuriamoci al termine del suo *cursus honorum* – oltre a riconoscimenti per i cambiamenti che tale giurisprudenza ha apportato all'ordinamento.

Alla Corte costituzionale Tesauro arriva nel 2005, di nomina da parte del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi. Nel 2014, a quattro mesi dalla fine del suo mandato, ne sarà eletto Presidente a maggioranza di soli sette voti su tredici, con qualche critica anche pubblicamente e autorevolmente posta per una presidenza troppo breve. Cassese e Tesauro avrebbero assicurato infatti solo pochi mesi di presidenza, Criscuolo invece una presidenza di più anni. Com'era carattere di Giuseppe Tesauro al *beau geste*, senza ipocrisie, che non gli potevano appartenere per carattere, accettò il rischio della sconfitta e uscì vincente dal

¹ G. Tesauro e M. Todino, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2002, p. 119.

confronto, che lo vide Presidente di quella Corte che per tanti versi lo ricongiungeva idealmente al padre Alfonso.

Tesauro incide in modo considerevole sulla giurisprudenza della Corte in più decisioni importanti e affatto scontate nella soluzione data a temi complessi e assai discussi e discutibili.

Non possono non esserne ricordate sia pure brevemente alcune tra le più significative decisioni da lui scritte, che ci mostrano un giurista completo capace di affrontare anche temi che esulano dal suo campo tradizionale di studio e di ricerca.

È il caso, ad esempio, della sentenza sulla fecondazione eterologa.

Nella sentenza n. 162/2014, peraltro, si lasciano da parte possibili argomenti tratti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procreazione medicalmente assistita, che nel caso S.H. aveva pur riconosciuto il margine ampio di apprezzamento statale, per il carattere etico delle questioni e per l'assenza di *consenso europeo* nella disciplina della materia. Si risolve invece la questione di costituzionalità con lo strumento tradizione della Corte della ragionevolezza del bilanciamento effettuato nella scelta legislativa, laddove «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano». Ma qui la stessa doppia negazione del «non irragionevole» bilanciamento, a differenza di quanto più frequentemente era avvenuto, non conduce a una decisione di rigetto in nome della discrezionalità del legislatore, ma è alla base invece di un sindacato ampio, coraggioso, che si risolve nella decisione circa l'irragionevolezza del divieto legislativo assoluto di fecondazione eterologa sulla base della violazione del principio di autodeterminazione e del diritto alla salute.

Di poco successiva altra decisione fondamentale, la sentenza n. 238/2014, sul diritto al risarcimento delle vittime dei crimini nazisti ad ottenere il risarcimento da parte delle Repubblica federale tedesca. È proprio Tesauro ad attivare nella pronuncia i controlimiti, presidio ultimo della sovranità dello Stato, di fronte a una decisione della Corte internazionale di giustizia che riteneva assente la giurisdizione italiana nelle cause intentate dagli eredi delle vittime dei crimini contro l'umanità perpetrati in Italia dalla Germania nazista.

Giuseppe Tesauro, con la sua storia nelle Corti sovranazionali, non esita a difendere la sovranità dello Stato italiano. Non solo richiama, ma impugna l'arma dei controlimiti, degli

«elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale», per rivendicare che «in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali».

Altri esempi si potrebbero ancora fare a dimostrazione che Giuseppe Tesauro ha lasciato il segno alla Consulta non solo come estensore di una delle due famose *sentenze gemelle*, che segnano – la *sua*, sent. n. 349/2007, forse ancor di più – una decisa apertura della Corte costituzionale alla CEDU. Viene qui individuato il parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, potendosi «desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare», sulla base dell'«art. 117, primo comma, Cost., in quanto parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo».

È un approccio pragmatico, pronto a trovare soluzione alle questioni e non *unidirezionale*, quello che Giuseppe Tesauro dà al tema del rapporto tra ordinamenti interno e sovranazionale. Un approccio che gli fa ritenere, in sintesi estrema, rispetto in particolare al processo di integrazione europeo, che “il successo del modello comunitario, la sua evoluzione da fenomeno di cooperazione economica ad un ambito nel quale si tutelano diritti, fondamentali e non, della persona in quanto tale, nel quale i fattori sociali, culturali, ambientali, hanno ormai la *stessa dignità* (corsivo aggiunto) di quelli mercantili, ha contribuito non poco alla crescita complessiva dell'area comunitaria, senza che si sentisse l'esigenza di sacrificare oltre misura l'identità e in definitiva la sovranità degli Stati membri”².

L'impegno pubblico e scientifico di Giuseppe Tesauro non terminò certo con gli anni della Corte costituzionale. Di certo, fu contento di essere coinvolto, ad esempio, nel Consiglio di indirizzo della Fondazione del Teatro San Carlo, il più antico teatro d'opera d'Europa.

² G. Tesauro, *Prefazione*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, n. 5/2009, p. 7.

Ma le iniziative, i convegni, le manifestazioni, in cui è stato coinvolto sono tanti e impossibili da menzionare.

Un suo impegno pubblico, anche questo affatto scontato, riguardò da ultimo il tema del regionalismo differenziato, di cui aveva a grande preoccupazione una sua attuazione in danno dello stesso modello costituzionale del nostro regionalismo così come accolto nei principi della Costituzione. Fu tra i primi, insieme ai Presidenti Casavola e Amirante, al prof. Scudiero, a sottoscrivere e incoraggiarmi nella redazione di un appello su *Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese*, condiviso nel testo iniziale con Lucarelli, Caravita, Villone, Catelani, Chieffi, Pertici, Morrone e tanti altri Costituzionalisti.

La preoccupazione di Tesauro sul tema fu tale da averlo come protagonista anche in altre iniziative e a spingerlo a indicare, prima della pandemia, tutti i rischi di una ancor più spinta differenziazione regionale sanitaria³.

Giuseppe Tesauro è stato un giurista a tutto tondo, studioso, ricercatore, che nel suo stesso Manuale ha saputo dare dignità di settore scientifico disciplinare autonomo a un'intera materia, prima di lui semplice costola del Diritto internazionale. È stato un uomo impegnato nei massimi vertici delle istituzioni, con un grande profondo dialogo con tutti, senza mai perdere un attimo della sua assoluta indipendenza dalla politica. È stato soprattutto un uomo ironico e autoironico, semplice, umile, la cui autorevolezza gli è stata riconosciuta in ogni dove, nonostante la sua ritrosia e l'aria di non volerti prendere sul serio di fronte anche ai massimi pubblici riconoscimenti.

Si potrebbe pensare, errando, che sia stato Maestro solo di pochissimi Colleghi, suoi Allievi (Patrizia de Pasquale, Fabio Ferraro e Gaspare Fiengo). In realtà è stato Maestro inconsapevole di tanti, non solo tra gli studiosi di Diritto dell'Unione europea, che hanno avuto modo di leggerlo e conoscerlo. Un privilegio che è toccato in parte anche a me. Di questo sarò grato al prof. Giuseppe Tesauro, a Beppi (con due p, come da lui sempre precisato a chi immancabilmente lo dimenticava), come sarei stato da lui richiesto di chiamarlo, ma come non riuscii mai a farlo.

³ G. Tesauro, *Autonomia regionale differenziata, sistema sanitario nazionale e oltre*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. spec. 2/2019.

LA SENTENZA WEISS E IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ SECONDO LA CORTE DI LUSSEMBURGO*.

di Luigi Ferraro**

Sommario. 1. La sentenza Weiss e il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP). – 2. Il test di proporzionalità effettuato dalla CGUE: i nodi problematici. – 3. Gli effetti indiretti del Programma PSPP tra politica monetaria e politica economica. – 4. La crisi economica quale contesto del PSPP. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza Weiss e il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP).

La Corte di Lussemburgo nella causa C-493/17 (da ora in poi c.d. sentenza Weiss)¹ ha avuto modo di giudicare il *Public Sector Purchase Programme* (anche PSPP), cioè il Programma di acquisto di titoli pubblici sui mercati secondari che la Banca centrale europea (BCE) ha deliberato con la decisione (UE) 2015/774. Si tratta, com'è noto, del c.d. *Quantitative easing*, le cui premesse si potevano rinvenire già nel precedente Programma *Outright Monetary Transactions* (OMT, anno 2012), voluto dall'allora Presidente della BCE Mario Draghi, il quale dava seguito a quanto già aveva anticipato, in suo famoso discorso, con la frase: “the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. Believe me, it will be enough”². L'obiettivo dell'OMT, prima, e del PSPP, dopo, è stato quello di fronteggiare la grave crisi dei debiti sovrani esplosa nell'Unione europea nel triennio 2010-2012, ma i cui effetti negativi si sono protratti anche negli anni successivi.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (da ora anche CGUE) sul caso Weiss è successiva ad un rinvio pregiudiziale, con cui il Tribunale costituzionale federale tedesco aveva chiesto di esprimersi sulla validità della decisione, sopra menzionata, della

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo è destinato alla raccolta dei Saggi in onore del Prof. Pietro Ciarlo.

** Professore Associato di Diritto pubblico comparato – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

¹ CGUE, causa C-493/17, 11 dicembre 2018.

² Si tratta di una frase pronunciata il 26 luglio 2012 da Mario Draghi in un discorso tenuto alla *Global Investment Conference* di Londra. L'OMT è un Programma predisposto dalla BCE, seppure mai attuato, di acquisto diretto di titoli di Stato a breve termine emessi dai Paesi in difficoltà di bilancio. In ogni caso, per un'analisi della crisi finanziaria che ha colpito l'Europa, soprattutto negli anni 2010-2012, v., se si vuole, L. Ferraro, *Crisi economica ed evoluzione delle forme di governo*, Napoli, ESI, 2019, p. 17 ss.

BCE³. Invero, ad oggi, la Corte di Karlsruhe – a seguito della stessa sentenza della CGUE sul rinvio pregiudiziale – ha già emesso, il 5 maggio 2020⁴, la propria, ulteriore, decisione, in cui ha contestato molte delle conclusioni cui è pervenuto il giudice europeo; proprio in ragione di ciò, allora, il presente contributo vuole soffermarsi, problematicamente, sui contenuti della pronuncia della Corte di Lussemburgo, al fine di focalizzare i passaggi argomentativi più importanti, tenendo comunque presenti, seppure sullo sfondo, le obiezioni avanzate dal *Bundesverfassungsgericht* (anche BVerfG) alle ragioni giuridiche espresse dalla CGUE. Tale analisi giurisprudenziale è resa ancora più significativa e attuale in considerazione del *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), cioè un nuovo Programma – parzialmente affine al PSPP – di acquisto di titoli del settore pubblico e privato, predisposto dalla BCE (marzo 2020) in vista delle gravi conseguenze finanziarie della pandemia da Covid-19, peraltro ancora in corso⁵.

È utile analizzare, in particolare, l'iter logico-giuridico seguito dalla Corte di Giustizia nella pronuncia in commento circa l'applicazione del principio di proporzionalità, poiché questo rappresenta uno dei punti di maggiore divergenza tra i due organi giudicanti, quello interno tedesco e quello sovranazionale. La CGUE ha effettuato il test di proporzionalità seguendo il proprio percorso argomentativo, così come esso si è sviluppato e consolidato nella giurisprudenza europea di questi anni, mentre il BVerfG ne ha contestato l'applicazione, ritenendosi che si sarebbe dovuto osservare il principio di proporzionalità in virtù di quanto elaborato dalla dogmatica tedesca.

Il primo punto su cui la CGUE è stata interpellata dal giudice del rinvio è quello relativo all'obbligo di motivazione a carico della decisione adottata dall'istituto di Francoforte, dal momento che, ai sensi dell'art. 296 TFUE, gli atti giuridici delle istituzioni europee devono essere necessariamente motivati. La ragione di fondo alla base del Programma PSPP è particolarmente significativa, in quanto permette di evidenziare l'obiettivo che la BCE ha inteso perseguire, cioè, come ha sottolineato la Corte, il «mantenimento della stabilità dei

³ BVerfG, 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 2006/15; 2 BvR 980/16, 18 luglio 2017.

⁴ BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 maggio 2020, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html

⁵ Per una valutazione comparativa tra i due programmi PSPP e PEPP, v. J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in AISDUE, 7 maggio 2020, p. 12, e A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in DPCE Online, n. 2/2020, p. 9 ss.

prezzi mediante un ritorno a tassi annuali di inflazione più vicini al 2%» (CGUE, sent. Weiss, par. 39).

Secondo la stessa BCE, il Programma PSPP, immettendo liquidità sul mercato, tende ad allentare «le condizioni monetarie e finanziarie, [...], sostenendo in tal modo i consumi aggregati e la spesa per investimenti nell'area dell'euro», per contribuire «ad un ritorno dei tassi di inflazione a livelli inferiori ma prossimi al 2% nel medio termine»⁶. In questo modo, pur basandosi esclusivamente sul *considerando* della decisione 2015/774, oltre che su altri documenti predisposti sempre dall'organo di Francoforte, la CGUE ha dimostrato come il fine perseguito dal PSPP sia comunque conforme a quanto stabilito dall'art. 127, par. 1, TFUE, secondo cui, per l'appunto, l'obiettivo principale del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) è la stabilità dei prezzi, in modo conforme, del resto, al fine principale della politica monetaria europea (art. 119, par. 2, TFUE)⁷.

Questa parte della sentenza offre anche l'opportunità alla CGUE di precisare che «il rispetto dell'obbligo di motivazione deve essere valutato alla luce non soltanto del tenore letterale dell'atto, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione» (sent. Weiss, par. 33)⁸. In tal modo, la Corte di Giustizia fissa un aspetto importante del suo giudicato, per cui il Programma PSPP deve essere esaminato non solo *stricto iure*, com'è ovvio, ma tenendo conto anche delle circostanze in cui è stato adottato, cioè di un contesto di emergenza economica conseguente alla crisi finanziaria degli anni 2010-2012, in cui diversi Paesi europei – tra questi anche l'Italia – sono stati vicini al *default*, con tutte le relative difficoltà a reperire sul mercato i finanziamenti necessari a tassi di interesse sostenibili.

2. Il test di proporzionalità effettuato dalla CGUE: i nodi problematici.

Il contesto che ha fatto da cornice all'adozione del Programma PSPP è stato quello di una

⁶ Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea, 4 marzo 2015, considerando 4.

⁷ Difatti, l'art. 119, par. 2, TFUE, recita: «Parallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

⁸ Per un approfondimento su questa parte della pronuncia, cfr. B. Marchetti, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2020, p. 491.

crisi economica conclamata, come dimostrato dai tassi di inflazione dei Paesi aderenti alla moneta unica che, nel momento di adozione del Programma, erano al di sotto del 2% e senza la prospettiva di un significativo miglioramento (sent. Weiss, par. 75). Alla luce di queste circostanze di fondo, devono allora essere valutate le modalità con cui la CGUE ha applicato il test di proporzionalità sulla decisione (UE) 2015/774.

In via preliminare, è bene ricordare che, ai sensi dell'art. 5 TUE, l'esercizio delle competenze in sede europea si fonda proprio sui principi di sussidiarietà e proporzionalità (paragrafo 1); in particolare, in virtù di quest'ultimo principio, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi fissati nei Trattati (paragrafo 4)⁹.

In ragione di ciò, la Corte rileva, all'interno della sentenza in oggetto, come gli atti delle istituzioni europee debbano innanzitutto essere «*idonei* (corsivo nostro) a garantire la realizzazione dei legittimi obiettivi perseguiti» (sent. Weiss, par. 72)¹⁰. Il giudizio di idoneità – che com'è noto è uno degli elementi costitutivi del test di proporzionalità – è stato ritenuto soddisfatto nel caso di specie, in quanto la BCE, prendendo a riferimento la prassi di altre Banche centrali, ha dimostrato «che l'acquisto di titoli del debito pubblico è idoneo a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo» prefissato di tassi di inflazione prossimi al 2%, attraverso «la facilitazione dell'accesso ai finanziamenti, utili all'espansione dell'attività economica» (sent. Weiss, par. 77). Con l'idoneità, quindi, si è

⁹ Si ricorda, inoltre, in tema di proporzionalità il Protocollo n. 2, allegato ai Trattati, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Cfr. C. Deodato, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, p. 5, secondo cui il Protocollo, “al di là di talune generiche enunciazioni di indirizzo, prescrive alcuni adempimenti procedurali” utili per l'attuazione dei canoni di sussidiarietà e proporzionalità. Sulle ragioni del successo del principio della proporzionalità, cfr. G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 2 ss.; con riferimento all'ordinamento italiano, G. Petrillo, *L'osservanza del principio di proporzionalità UE nell'individuazione di criteri presuntivi “ragionevoli”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n. 2/2013, p. 393, ricorda come il “Consiglio di Stato (sez. VI, 14 aprile 2006, n. 2087)” riconosca “autonomia concettuale ed applicativa al principio di proporzionalità qualificandolo in termini di «principio generale dell'ordinamento»”.

¹⁰ In senso conforme, anche CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, c.d. sentenza *Gauweiler*, par. 67; CGUE, causa C-59/11, 12 luglio 2012, c.d. sentenza *Association Kokopelli*, par. 38, laddove si afferma: «il principio di proporzionalità [...] è parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione ed esige che gli strumenti istituiti da una disposizione di diritto dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano quanto è necessario per raggiungerli». Ancora CGUE, causa C-58/08, 8 giugno 2010, c.d. sentenza *Vodafone e a.*, par. 51; CGUE, causa C-558/07, 7 luglio 2009, c.d. sentenza *S.P.C.M. e a.*, par. 41; CGUE, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, 6 dicembre 2005, c.d. sentenza *Abna e a.*, par. 68.

accertata l'esistenza di un equilibrio “tra *mezzo* e *fine* perseguito”¹¹.

Nel prosieguo della valutazione di proporzionalità la Corte di Lussemburgo, constatato che l'obiettivo della stabilità dei prezzi non si sarebbe potuto realizzare mediante altre e differenti misure di politica monetaria, ha sostenuto che «il PSPP *non va manifestamente al di là* di quanto è *necessario* (corsivi nostri) per raggiungere detto obiettivo» (sent. Weiss, par. 81). Con tale tipo di valutazione si può considerare soddisfatta la seconda fase del giudizio di proporzionalità, cioè quella della necessità, secondo cui i rimedi individuati devono essere “commisurati all'obiettivo da conseguire” e, qualora sia possibile una scelta fra più misure adeguate, “si deve ricorrere alla meno restrittiva e [...] gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi” da raggiungere¹².

Nell'ambito della valutazione di necessità, poi, la CGUE precisa, sulla base delle indicazioni della BCE, che il volume dei titoli acquistabili all'interno del PSPP, seppur limitato preventivamente, deve comunque essere importante, se si vuole garantire l'efficacia del Programma rispetto al fine indicato. Allo stesso tempo, il PSPP presenta anche «un carattere temporaneo», in quanto deve «essere attuato unicamente durante il periodo necessario» al raggiungimento dell'obiettivo, né le sue proroghe possono considerarsi un eccesso rispetto a «quanto era necessario» in funzione del fine desiderato (sent. Weiss, parr. 84-90).

Ciò che però sembrerebbe mancare nella sentenza Weiss – o almeno non è richiamata espressamente – è la terza ed ultima fase dello scrutinio di proporzionalità, cioè quella di stretta proporzionalità, tesa a verificare che la misura adottata – nel caso di specie il Programma PSPP – “non produca effetti collaterali eccessivi e sproporzionati rispetto al

¹¹ Cfr. M. Ortino, *Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 283 s. In senso conforme, v., anche, G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 5.

¹² Cfr. R. Adam, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *dUE*, n. 1/2020, p. 22 s.; sul punto, anche CGUE, causa C-128/15, 11 gennaio 2017, par. 71. Per P. De Pasquale, *Commento all'art. 5 TUE*, in A. Tizzano (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 50, l'esercizio di una competenza “deve essere necessario e indispensabile, ovvero, qualora per il raggiungimento dello scopo possano essere impiegati vari mezzi, la competenza sarà esercitata in modo da recare meno pregiudizio ad altri obiettivi o interessi degni di eguale protezione”; invece, secondo G. Poli, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte prima)*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, p. 563 s., la necessità consiste nella “inesistenza di misure alternative [...] capaci di raggiungere il medesimo risultato” rispetto alla misura prescelta. Cfr., ancora, V. Fiorillo, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità a fondamento del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 15/2017, p. 11 s.

risultato che intende raggiungere”¹³. Il giudizio di stretta proporzionalità, com’è noto, è l’ulteriore elemento costitutivo, insieme all’idoneità e alla necessità, della valutazione trifasica di cui si compone il test di proporzionalità, secondo il modello definito dalla dottrina teutonica, poiché “le origini del principio sono [...] da farsi risalire al diritto tedesco”¹⁴. Tuttavia, proprio nei giudizi davanti alla Corte di Lussemburgo, a volte “si può constatare come il giudice si arresti [...] alla sola verifica di idoneità e necessità della misura, tralasciando il terzo passaggio, relativo alla proporzionalità in senso stretto”¹⁵.

Non a caso, proprio il *Bundesverfassungsgericht*, nella già citata sentenza del 5 maggio 2020, ha contestato la sentenza Weiss, dal momento che la CGUE non ha proceduto ad una corretta valutazione di proporzionalità tra i benefici prodotti dall’obiettivo di politica monetaria, cioè quello della stabilità dei prezzi, e gli effetti collaterali di politica economica che sono conseguenti al Programma PSPP¹⁶. Il Tribunale costituzionale tedesco, infatti, ritiene che la CGUE abbia sottovalutato – senza bilanciarle correttamente con gli altri effetti – le conseguenze di politica economica prodotte dal Programma di acquisti dei titoli di Stato. Tra queste conseguenze si possono annoverare, ad esempio, l’agevolazione riconosciuta alle società non più competitive di continuare ad operare sul mercato attraverso i prestiti a basso costo o anche la decurtazione del livello dei tassi di interesse che favorisce le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri e agevola i loro bilanci,

¹³ In tal senso, v. B. Marchetti, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, cit., p. 490.

¹⁴ D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6/2019, p. 908 ss., analizza con attenzione il suddetto principio nell’ordinamento tedesco dalle origini sino a oggi; per la struttura del principio di proporzionalità secondo la dottrina tedesca, cfr., per tutti, R. Alexy, *Dignità umana e proporzionalità*, in *Lo Stato*, n. 10/2018, p. 17. Sebbene la proporzionalità si sia ritagliata “uno spazio di rilievo nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale dei principali Paesi europei”, come evidenzia G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *L’ordinamento europeo*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2006, p. 225 ss., comunque la sua “prima embrionale formalizzazione normativa [si rinviene] nello *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* del 1794, quale criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia”, secondo quanto afferma sempre Id., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 1 s. Sulla proporzionalità quale principio generale dell’ordinamento europeo, cfr. F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 12/2017, p. 11.

¹⁵ Cfr. ancora B. Marchetti, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, cit., p. 490.

¹⁶ Invero, i rapporti tra il BVerfG e la CGUE non sempre si sono ispirati ad un dialogo cooperativo, come dimostrano le difficoltà sorte tra le due Corti già a partire dalle decisioni “Solange”, a differenza di altri giudici costituzionali, come il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, il *Conseil constitutionnel* francese o il *Tribunal Constitucional* spagnolo, i cui rapporti con la Corte di Lussemburgo sono più fluidi e meno conflittuali; in tal senso v. P. Passaglia (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf, aprile 2010.

soprattutto con riguardo ai Paesi maggiormente indebitati¹⁷.

Pertanto, a giudizio del BVerfG, non essendo stato correttamente applicato il principio di proporzionalità, la decisione 2015/774 con cui è stato adottato il PSPP è da considerare quale atto *ultra vires*, poiché la BCE avrebbe ecceduto la sua competenza esclusiva di carattere monetario per espandersi in quella economico-fiscale propria degli Stati membri, secondo quanto stabilito dai Trattati; allo stesso modo, sempre secondo la Corte di Karlsruhe, anche la sentenza Weiss sarebbe conseguentemente *ultra vires*, dal momento che l'impropria applicazione del principio di proporzionalità da parte della CGUE ha portato a legittimare la BCE nell'adozione di un Programma lesivo della competenza economica dei Paesi membri¹⁸. In tale guisa, la stessa CGUE violerebbe il proprio mandato, ex art. 19, par. 1, TUE, di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati¹⁹.

Dinanzi a siffatti rilievi sollevati dal BVerfG, si è sottolineato in dottrina come la CGUE abbia esercitato un controllo sulla decisione 2015/774 della BCE in modo "timido e deferente", come testimonia il fatto che lo scrutinio del giudice europeo si sia concentrato solo sugli atti, sulla documentazione e sulle dichiarazioni rilasciate dalla Banca centrale europea; "insomma [la CGUE] ha affermato che le decisioni della BCE sono convincenti

¹⁷ BVerfG, 5 maggio 2020, cit., par. 170-175. A giudizio di R. Adam, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, cit., p. 20 s., "è proprio nell'apprezzamento del rispetto di quel principio [di proporzionalità] [...] che la Corte di giustizia avrebbe ecceduto il suo mandato, perché, come abbiamo più sopra anticipato, i c.d. «recognised methodological principles» di interpretazione, basati sulle «(constitutional) legal traditions common to the Member States», le avrebbero imposto, nell'operare quell'apprezzamento, un test che essa non avrebbe invece effettuato".

¹⁸ BVerfG, 5 maggio 2020, cit., par. 163. Secondo P. Hilpold e P. Piva, *Da "Solange" a "PSPP": alla ricerca delle radici di un "dialogo tra Corti" naufragato in un incomprensibile soliloquio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2021, p. 70, "per la Corte Costituzionale tedesca, in effetti, nel processo decisionale che ha condotto la BCE all'adozione del programma PSPP mancava fundamentalmente un «bilanciamento in termini di proporzionalità», un vizio di cui la Corte di giustizia, nella pronuncia «Weiss», non avrebbe tenuto adeguatamente conto, con la conseguenza che tale ultima sentenza sarebbe a tal riguardo «semplicemente non più comprensibile e quindi emessa *ultra vires*»". Cfr., anche, M. Ortino, *Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi*, cit., p. 281; v. G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 2858, e J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, cit., p. 6. Del resto, già i proponenti il ricorso al BVerfG, che poi ha proceduto al rinvio pregiudiziale davanti alla CGUE, avevano prospettato le decisioni della BCE, nel loro insieme, come *ultra vires*.

¹⁹ I motivi di critica nei riguardi della sentenza Weiss hanno portato il BVerfG a considerare tale pronuncia priva di effetti giuridici in Germania, per cui la Commissione UE ha attivato di recente (9 giugno 2021) la relativa procedura di infrazione.

e proporzionate in quanto così le ha ritenute la stessa Istituzione”²⁰.

Tuttavia, è utile rilevare che, in molti casi, come in quello del Programma PSPP, le scelte dell’organo monetario di Francoforte sono estremamente complesse, in ragione della loro natura tecnica, tant’è vero che la stessa Corte di Lussemburgo, nella sua giurisprudenza, non manca di evidenziare il «carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria», per cui dal SEBC, cioè il Sistema Europeo delle Banche Centrali che vede al centro la BCE, «non può esigersi altro se non l’utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la [...] analisi [di politica monetaria] con la diligenza e la precisione necessarie»²¹.

In ragione di tale valutazione, allora, si comprende meglio lo scrutinio poco stringente, ma non assente, della CGUE nei riguardi dei giudizi espressi dalla BCE, con riferimento alla terza fase del test di proporzionalità²². Si tenga conto, poi, che le valutazioni specialistiche effettuate a Francoforte sono ancora di più necessarie, nella fattispecie di nostro interesse, per la difficoltà di ripartire in modo chiaro e netto gli ambiti tra la politica monetaria, di competenza della BCE, e la politica fiscale, la cui attribuzione spetta ai singoli Stati membri. Le dinamiche economiche dimostrano, infatti, una corrispondenza tra queste due competenze, non a caso, secondo alcuni “to affect real economic activity by lowering the cost of borrowing is precisely the point of monetary policy”²³. Su questo versante ci si confronta con le resistenze da parte degli Stati membri che, dopo aver ceduto la propria sovranità monetaria a favore dell’Europa, sono restii a fare lo stesso in tema di politica fiscale, per la sua naturale incidenza nella sfera soggettiva di ciascun cittadino, il che però

²⁰ Così si esprime B. Marchetti, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, cit., p. 495, secondo cui effettivamente la Corte di Lussemburgo “ha omesso di compiere uno scrutinio significativo sui fatti, si è affidata acriticamente a quanto dichiarato dalla Istituzione”, cioè la Banca di Francoforte.

²¹ CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, c.d. sentenza *Gauweiler*, par. 75.

²² Cfr. M. Di Simone, *Quantitative Easing al vaglio della Corte di giustizia: il programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari non eccede le competenze dell’Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2020, p. 1515.

²³ A. Tooze, *The Death of the Central Bank Myth*, in <https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/#>, 13 maggio 2020. Sempre sul riparto di competenze tra politica monetaria e politica economica, v. F. Pennesi, *Nel nome della stabilità dei prezzi? La Corte di Giustizia approva il Quantitative Easing della Banca Centrale Europea (nota a sentenza C-493/17, Weiss e A.)*, in *Diritti Comparati*, 20 dicembre 2018, p. 2, e F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2021, p. 123. Per una ricostruzione di questa separazione, cfr. A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, p. 26 ss., la quale ricorda che “essa è il frutto dei negoziati condotti tra la Francia e la Germania, e poi estesi alla Commissione e agli altri stati membri, a cavallo tra la fine degli anni ottanta e l’inizio degli anni novanta del Novecento”.

determina la nota asimmetria tra queste due competenze.

3. Gli effetti indiretti del Programma PSPP tra politica monetaria e politica economica.

Il problematico riparto tra la politica monetaria e quella economica emerge nella sentenza Weiss, allorquando la CGUE, senza astenersi, esamina – nonostante i rilievi critici sollevati dal BVerfG sul test di proporzionalità – gli effetti indiretti prodotti dal Programma di acquisto dei titoli di Stato.

A tal riguardo, proprio per la problematicità del tema, sembra utile partire dall’ancoraggio normativo, rappresentato dal combinato disposto dell’art. 3, par. 1, TFUE, e del già citato art. 119, par. 2, TFUE, secondo cui per i Paesi aderenti alla zona euro deve essere prevista una politica monetaria centralizzata di competenza esclusiva dell’Unione. Tenuto conto che l’obiettivo principale della stessa politica monetaria, a cui è indirizzato il PSPP, è la stabilità dei prezzi (sempre art. 119, par. 2, TFUE), vanno ora considerati gli effetti collaterali che il medesimo Programma può produrre sulle condizioni di finanziamento degli Stati membri della zona euro. Secondo la CGUE è indubbio che si producano, oltre a quelli monetari, anche effetti indiretti di tipo economico-fiscale, tuttavia, se si considera l’art. 127, par. 1, TFUE, che prescrive al SEBC di sostenere le politiche economiche generali dell’Unione, allora, si può ritenere come indirizzo di fondo che «gli autori dei Trattati non hanno inteso operare una separazione assoluta tra la politica economica e quella monetaria» (sent. Weiss, par. 60)²⁴.

²⁴ Significativamente N. Marzona, *I (nuovi) confini della politica monetaria. Commento a CGUE, 11 dicembre 2018, Sezione Grande, C. 493/17*, in *Amministrazione in cammino*, 8 aprile 2019, p. 9, sostiene che “la Corte di giustizia mette in chiaro, per una seconda volta, l’impossibilità di definire la politica monetaria a partire dalla politica economica, e viceversa. I confini della politica monetaria debbono dunque essere ricavati internamente a questa e, in particolare, a partire dalle finalità ad essa assegnate dal diritto primario dell’Unione europea. Questo approccio finisce inevitabilmente per depotenziare anche le argomentazioni giuridiche costruite, appunto, sulla tesi esatta e contraria, per la quale, in presenza di effetti di carattere economico dovrebbe inevitabilmente riconoscersi uno sconfinamento della politica monetaria nella politica economica”. Ancora, nel senso di una vicendevole influenza tra le due politiche, cfr. G. Tesaurò e P. De Pasquale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 11 maggio 2020, p. 9 s., nonché v. G. Mazzei, *Operazioni non convenzionali della BCE, central banking europeo e il difficile equilibrio tra politica monetaria europea e sovranità statale*, in *Amministrativamente*, n. 3-4/2018, p. 4.

La Corte di Lussemburgo precisa, ad ulteriore chiarimento, che i provvedimenti di politica monetaria non possono essere automaticamente equiparati a quelli di politica economico-fiscale «per il solo fatto» che siano suscettibili «di produrre effetti indiretti [...] anche nel quadro della politica economica». Infatti, «la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche» e ciò provoca «necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del deficit pubblico degli Stati membri» (sent. Weiss, parr. 61 e 64)²⁵.

A ciò si aggiunga la considerazione per cui, se si vuole incidere sui tassi di inflazione, «il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull'economia reale», per cui, in conclusione, «escludere qualsiasi possibilità [...] di adottare simili misure [cioè, di tipo economico] quando i loro effetti sono prevedibili e scientemente accettati vieterebbe, in pratica, al SEBC di utilizzare i mezzi messi a sua disposizione dai Trattati al fine di realizzare gli obiettivi della politica monetaria» (sent. Weiss, parr. 66-67).

Questi brevi passaggi argomentativi della pronuncia in commento confermano la nota complessità del tema relativo al riparto tra i due ambiti della politica monetaria e della politica economica, ma anche la loro reciproca relazione. Non a caso, sul punto la CGUE rinvia spesso – forse, in modo anche eccessivo – alla documentazione e agli indirizzi della BCE; tuttavia, non può non rilevarsi che a fronte della complessità tecnica di alcune questioni – come quelle ora richiamate – la Corte di Giustizia preferisce attenersi ad un organo certamente competente come l'istituto di Francoforte, soprattutto nella sua qualità di organo tecnico e indipendente nell'ambito delle istituzioni europee²⁶.

Ciò non determina, è bene precisarlo, un mancato accertamento da parte della CGUE sugli atti sottoposti alla sua attenzione, quanto piuttosto un controllo di tale organo di giustizia teso *unicamente* a non “«sostituire la propria valutazione economica» a quella

²⁵ La CGUE sostiene ancora di aver «considerato come effetti indiretti, privi di conseguenze sulla qualificazione delle misure in questione nelle cause decise da dette sentenze, effetti che, sin dall'adozione di tali misure, costituivano conseguenze prevedibili delle misure stesse, le quali dovevano dunque essere state scientemente accettate al momento dell'adozione» (sent. Weiss, par. 63). Cfr. M. Di Simone, *Quantitative Easing al vaglio della Corte di giustizia*, cit., p. 1513 ss., il quale evidenzia come i giudici di Lussemburgo, proprio in questi passaggi della pronuncia, abbiano chiarito “l'ampiezza della nozione di «effetto indiretto»”. Sul punto, anche CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, c.d. sentenza *Gauweiler*, e CGUE, causa C-370/12, 27 novembre 2012, c.d. sentenza *Pringle*. Su quest'ultima pronuncia, cfr. M. Rabitti, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Persona e mercato*, n. 4/2018, p. 226 ss.

²⁶ Sull'indipendenza delle banche centrali, cfr. A. Tooze, *The Death of the Central Bank Myth*, cit.

dell'istituzione competente"²⁷. Le ragioni alla base di quest'indirizzo sono diverse, come l'ampio mandato riconosciuto alla BCE nel perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi o come "l'esigenza di preservare la stabilità e l'affidabilità delle decisioni monetarie"²⁸. Tutto ciò, pertanto, sembra offrire motivazioni sostanziali favorevoli alla giurisprudenza europea che opta per un sindacato deferente su queste tematiche, in forza del quale, si ribadisce, «il SEBC è chiamato [...] a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, [per cui] occorre riconoscergli [...] un ampio potere discrezionale»²⁹.

Naturalmente, quanto sinora illustrato incide sul giudizio di proporzionalità della CGUE, in quanto la discrezionalità tecnica della BCE favorisce – in taluni passaggi della pronuncia Weiss – una valutazione di “*non manifesta sproporzionalità*”, piuttosto che un giudizio di stretta proporzionalità, più conforme alla valutazione trifasica dell'esperienza giuridica tedesca. Nella prospettiva europea “maggiore è la complessità delle scelte da adottare, ad es. sul piano tecnico, politico, economico, [...] maggiore è il margine di discrezionalità da riconoscere alla competente istituzione UE”³⁰, così da rendere più difficile, in questo caso, l'applicazione del criterio della stretta proporzionalità, rigorosamente inteso. A ciò si aggiunga, sempre nell'ottica della tipicità del giudizio di proporzionalità da parte della CGUE, il maggiore favore solitamente manifestato dai giudici europei relativamente a quelle misure che agevolano il processo di integrazione³¹, il che contribuisce a

²⁷ Cfr. M. Ortino, *Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi*, cit., p. 287, che si richiama anche a CGUE, causa C-525/04, 22 novembre 2007, c.d. sentenza *Spagna c. Lenzing*, par. 57, dove si afferma che la CGUE, con il suo controllo, non deve sostituirsi alla valutazione economica della Commissione. Cfr., pure, A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, cit., p. 13.

²⁸ Per tali e ulteriori ragioni, cfr. A. Magliari, *Sindacato sulla discrezionalità e decisioni di vigilanza della BCE*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2019, p. 89.

²⁹ CGUE, causa C-62/14, 16 giugno 2015, c.d. sentenza *Gauweiler*, par. 68, indirizzo confermato ancora dalla stessa sentenza Weiss, par. 73.

³⁰ È la tesi espressa da M. Ortino, *Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi*, cit., p. 286.

³¹ Cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., p. 929, la quale rileva che, mentre “la tutela apprestata dal giudice tedesco è [...] soggettivamente orientata”, quella del giudice europeo è “di tipo oggettivo”, nel senso di tenere nel debito conto gli “interessi concretamente in gioco”. Per G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 26, in tema di bilanciamenti, esiste “una differenza sostanziale” tra l'operato delle Corti costituzionali nazionali e quello delle Corti europee: “Solo le Corti nazionali, e non anche quelle sovranazionali, operano infatti in uno spazio condizionato dall'immanenza della forma di governo e subiscono perciò i limiti sistemici che derivano dal loro innesto negli equilibri istituzionali. Le Corti europee agiscono invece in uno spazio relativamente astratto dai condizionamenti del Politico”, per cui riescono a realizzare “l'ideale di una giurisdizione neutrale”.

caratterizzare in modo peculiare il test di proporzionalità in sede UE.

Dunque, proprio la sentenza *de quo* sulla decisione 2015/774 della BCE sembra rendere manifesta la difficoltà di applicare il giudizio di proporzionalità, nella matrice tedesca, ad un'altra esperienza giuridica quale quella europea. “É risaputo che nel moto ascendente e discendente che caratterizza la formazione dei principi nell'ordinamento dell'Unione, attraverso l'opera di estrazione e rimodulazione della Corte di Giustizia, questi ultimi subiscono mutamenti e adattamenti funzionali ad accoglierli nel sistema in cui ridiscendono”³². Tutto ciò, allora, sembra giustificare, pur nell'elevata problematicità del tema, la differente dinamica del giudizio di proporzionalità all'interno della sentenza Weiss, rispetto, invece, al modello di proporzionalità sviluppatosi nell'esperienza tedesca e di cui si è fatto interprete, in termini di critica verso la CGUE, la Corte di Karlsruhe nella pronuncia del 5 maggio 2020.

4. La crisi economica quale contesto del PSPP. Considerazioni conclusive.

Nell'ambito del giudizio di proporzionalità rileva, come si è detto, anche il contesto generale entro cui è stato adottato il Programma PSPP, cioè quello di una crisi economico-finanziaria – conseguente al drammatico triennio 2010/2012, si pensi, ad esempio, alla situazione greca – da cui l'Unione europea si stava risollevando con grande fatica, prima della pandemia da Covid-19, che naturalmente ha aggravato di nuovo la fragile ripresa economica registrata negli ultimi anni. In ogni caso, con particolare riferimento al periodo in cui è stato adottato il *Quantitative easing* (anno 2015) si può parlare di un vero e proprio contesto emergenziale³³, come hanno dimostrato l'impoverimento di una significativa parte della popolazione, il fallimento di aziende che ha istigato, in taluni casi, imprenditori al suicidio, oltre al consistente indebitamento di molti Paesi della c.d. euro-zona, che li ha portati ad essere prossimi al *default*.

È in queste circostanze che l'allora Presidente della BCE immaginò il Programma PSPP, nel rispetto comunque del divieto di acquisto diretto di titoli del debito pubblico da parte

³² Cfr. B. Marchetti, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, cit., p. 495.

³³ Sul punto, cfr. G. Mazzei, *Operazioni non convenzionali della BCE, central banking europeo e il difficile equilibrio*, cit., p. 5 ss.; sia, altresì, consentito rinviare a L. Ferraro, *Crisi economica ed evoluzione delle forme di governo*, cit., p. 4 ss.

della BCE o delle Banche centrali nazionali (art. 123, par. 1, TFUE)³⁴. Il suddetto Programma europeo – oggi parzialmente riproposto, a seguito della pandemia, attraverso la nuova versione del Programma PEPP – si caratterizza per un evidente profilo solidaristico³⁵, dal momento che ha inteso diminuire i tassi di interesse per favorire la vendita sui mercati dei titoli di Stato, soprattutto per quei Paesi della zona euro già fortemente indebitati, così da non aggravarne i bilanci pubblici. Si tratta, com'è noto, della decisione che ha contribuito, nella tempesta finanziaria degli anni scorsi, a salvare l'euro e, quindi, il processo di integrazione, sebbene questa deliberazione non sia stata adottata da un organo politico.

Tuttavia, rispetto a tali tipi di misure è frequente l'obiezione, anche da parte del BVerfG³⁶, che queste ultime possano favorire un allentamento rispetto ad una rigorosa politica di controllo dei conti pubblici. Anche al riguardo, la CGUE prova ad offrire risposte pertinenti, quando evidenzia, sempre prendendo spunto dalla decisione 2015/774, da un lato il carattere temporaneo delle misure in oggetto, dall'altro l'acquisto dei titoli di Stato solo nella *misura necessaria* al raggiungimento dell'obiettivo della stabilità dei prezzi (sent. Weiss, par. 133-134)³⁷.

A supporto di queste sue affermazioni, la Corte di Lussemburgo sottolinea l'esistenza di talune garanzie, tese a tutelare l'equilibrio della finanza pubblica. Difatti, «l'ampiezza dell'effetto del PSPP [...] è limitata dalle misure che restringono il volume dei titoli di uno Stato membro acquistabili in base al PSPP», così, allo stesso modo, nel caso in cui un Paese aderente alla moneta unica non dovesse seguire una sana politica di bilancio, ciò imporrebbe alla BCE di diminuire la quota di titoli acquistabili, o, ancora, «soltanto una minoranza dei titoli emessi da uno Stato membro può essere acquistata dal SEBC [...], il che impone a tale Stato [...] di ricorrere principalmente ai mercati per finanziare il proprio

³⁴ Al riguardo, è chiaro E. Denninger, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2016, p. 273.

³⁵ Cfr. G. Mazzei, *Operazioni non convenzionali della BCE, central banking europeo e il difficile equilibrio*, cit., p. 8, quando afferma che questo “potere d'eccezione”, che si esprime nelle misure in oggetto, si può “riconduurre a quelle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, ispirandosi ad uno «spirito di solidarietà tra Stati membri», consentono interventi di sostegno straordinario in favore di uno Stato che «si trovi in difficoltà [...]»”.

³⁶ BVerfG, 5 maggio 2020, cit., par. 207.

³⁷ Sul carattere temporaneo del Programma la Corte di Giustizia afferma «che l'attuazione del PSPP è prevista solo fino a quando il Consiglio direttivo ravviserà un duraturo aggiustamento nell'evoluzione dell'inflazione che sia compatibile con il suo obiettivo di ottenere, a medio termine, tassi di inflazione inferiori, ma prossimi al 2%»; allo stesso tempo, le proroghe susseguites non hanno comunque messo in discussione il principio in questione (sent. Weiss, par. 133).

deficit di bilancio», e, infine, «in caso di abbassamento del rating dei titoli di uno Stato membro [...], il Consiglio direttivo dovrà decidere se occorra rivendere i titoli dello Stato [...] in questione già acquistati» (sent. Weiss, par. 137-142). L'insieme di queste garanzie, a giudizio della CGUE, non consente ad uno Stato di *adagiarsi* sulle facilitazioni di finanziamento derivanti dal Programma PSPP, per cui ogni Paese rimane comunque obbligato ad osservare una corretta politica di bilancio, altrimenti il rischio per uno Stato sarebbe quello di vedere esclusi i propri titoli dal Programma PSPP «a motivo dell'abbassamento del loro rating» (sent. Weiss, par. 143).

Da queste motivazioni si evince il tentativo della CGUE di coordinare le ragioni della solidarietà tra i Paesi membri dell'Unione europea, che si esprimono attraverso il Programma PSPP, e la necessità di tenuta dei conti pubblici³⁸. È indispensabile, allora – come dimostra anche il recente Programma *Next Generation EU*, utile a fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia – una costante e continua ricerca del dinamico punto di equilibrio tra le esigenze della solidarietà e le esigenze finanziarie, che pure garantiscono, com'è noto, il valore della tutela delle generazioni future.

La Corte di Giustizia sembra aver tenuto conto di questo equilibrio, nel momento in cui ha applicato il test di proporzionalità adattandolo al contesto emergenziale in cui è stato previsto il Programma PSPP³⁹, nel senso, cioè, di affidarsi principalmente alla valutazione competente della Banca centrale europea, senza che però ciò abbia significato un recesso dello stesso giudice di Lussemburgo dalle sue funzioni di controllo. Il giudizio di proporzionalità, dopo l'esame sull'idoneità e la necessità della decisione 2015/774 della BCE, non si è espresso attraverso l'ulteriore vaglio di stretta proporzionalità, come richiesto dalla sequenza trifasica, in quanto la CGUE ha preferito articolare il suo giudizio avvalendosi della non manifesta sproporzionalità, proprio per non perimetrare in limiti angusti le valutazioni formulate dall'istituto di Francoforte. In questo modo la Corte di Lussemburgo non solo ha difeso la sua autonomia nello sviluppare tecniche di giudizio all'interno della propria esperienza giurisprudenziale, ma ha preservato altresì quel Programma PSPP che, insieme al precedente OMT, ha permesso di salvare l'euro,

³⁸ In termini generali, è significativo quanto sostiene G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in *Federalismi.it*, n. speciale 5/2019, p. 125 s., per il quale non esiste una incompatibilità tra equilibrio di bilancio e politiche sociali. Cfr. P. Hilpold e P. Piva, *Da "Solange" a "PSPP": alla ricerca delle radici di un "dialogo tra Corti"*, cit., p. 84.

³⁹ Cfr. A. Tooze, *The Death of the Central Bank Myth*, cit.

surrogando decisioni politiche che a volte latitano ad arrivare.

La Banca centrale europea, dunque, dinanzi ad un contesto di emergenza economica che avrebbe potuto danneggiare in modo irreversibile il processo di integrazione, è riuscita ad individuare, con l'avallo della CGUE, uno strumento di politica monetaria, che si potrebbe definire *emergenziale*, capace di evitare il *default* di taluni Paesi membri. Non di meno, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco successiva alla sentenza Weiss ha dimostrato la problematicità di tale soluzione se non opportunamente corroborata da scelte di politica economica, che però sono in capo agli Stati membri. L'intera vicenda PSPP evidenzia, ancora una volta, la necessità di una soluzione politica, che possa dotare le istituzioni di Bruxelles degli strumenti economico-fiscali idonei a fronteggiare situazioni di crisi, come quella dei debiti sovrani. Ciò è ancora più vero oggi, alla luce delle conseguenze economiche – non ancora tutte prevedibili – della pandemia da Covid-19. In questo contesto la politica si trova dinanzi ad un bivio, se limitarsi, cioè, in via minimale, a preservare lo *status quo*, con il pericolo però che emergano posizioni, anche giuridicamente autorevoli, come quella della Corte di Karlsruhe, per cui l'Unione è *semplicemente* un'Associazione di Stati e, pertanto, in questa dimensione vanno calibrate le diverse soluzioni, oppure trasferire nuove quote di sovranità a favore di Bruxelles, così da realizzare quell'idea federale di Europa unita, che è prima di tutto un progetto di carattere politico.

Abstract: Nella sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ricorre al principio di proporzionalità nell'esaminare il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), oggi parzialmente affine al *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP). Le motivazioni della pronuncia evidenziano un'applicazione del test di proporzionalità in parte differente rispetto a quanto elaborato dalla dogmatica tedesca, come evidenziato successivamente dalla Corte di Karlsruhe nella sua decisione del 5 maggio 2020. In particolare, la Corte di Lussemburgo ha valutato il contesto eccezionale in cui è stato adottato il PSPP, cioè la crisi dei debiti sovrani esplosa in Europa nel triennio 2010-2012, così che tale Programma di acquisto di titoli pubblici potrebbe anche definirsi uno strumento *emergenziale* di politica monetaria.

Abstract: In the judgment here under discussion, the Court of Justice of the European Union

uses the principle of proportionality in examining the Public Sector Purchase Programme (PSPP), now partly akin to the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP). The grounds of the judgment show a partially different implementation of the proportionality test from that developed by German legal dogmatics, as subsequently highlighted by the BVerfG in its decision of 5 May 2020. In particular, the CJEU took into account the exceptional context in which the PSPP was adopted, such as the sovereign debt crisis that exploded in Europe during the period 2010-2012, so that the Public Securities Purchase Programme could also be defined as an *emergency* monetary policy instrument.

Parole chiave: Corte di Giustizia dell'Unione Europea – proporzionalità – politica monetaria – politica economica – emergenza.

Key words: Court of Justice of the European Union – proportionality – monetary policy – economic policy – emergency.

I LIMITI DELLA (NON) PUNIBILITÀ DEGLI ILLECITI DI CUI AGLI ARTT. 10-BIS E 10-TER DEL D.LGS N. 74/2000: INCERTEZZE APPLICATIVE E LOGICA EUROPEA DI PREVEDIBILITÀ *.

di Giovanna Petrillo**

47

Sommario. 1. La finalità dell'indagine. – 2. Le criticità relative al perimetro di configurabilità degli illeciti. – 3. L'esclusione della sussistenza del reato per *impossibilità di adempiere*: mancanza del dolo ed assenza della tipicità dell'omissione. – 4. Le scusanti tematizzate sul piano della colpevolezza: le vie percorribili e l'imprevedibilità delle loro conseguenze applicative. – 5. L'impatto delle incertezze della prassi giurisprudenziale sul principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU: prospettive *de iure condito* e *de iure condendo*.

1. La finalità dell'indagine.

In controtendenza rispetto ai principi ispiratori del d.lgs. n. 74/00 fondato, come è noto, su un ristretto catalogo di fattispecie criminose, connotate da rilevante offensività e da dolo specifico di evasione¹, il legislatore ha ritenuto meritevole di sanzione penale tanto

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto tributario – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

* Sottoposto a referaggio.

¹ Preso atto della sostanziale deludente inadeguatezza della tecnica di legislazione *panpenalisistica* che caratterizzava la precedente esperienza relativa alla lotta all'evasione fiscale (come è noto, la l. n. 516/1982 prevedeva anche reati e sanzioni bagattellari) nonché dei rischi e delle disfunzioni di un diritto penale ipertrofico, il legislatore ha voluto, con la riforma del sistema dei reati tributari di cui al d.lgs n. 74/2000 delineare un sistema imperniato su un ristretto catalogo di fattispecie criminose, connotate da rilevante offensività e da dolo specifico di evasione, limitando conseguentemente la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati, tanto sul versante oggettivo quanto su quello soggettivo, alla lesione degli interessi fiscali.

Specificamente sul punto, per una disamina degli orientamenti dottrinali immediatamente successivi alla riforma in parola si vedano, senza pretese di completezza, C.F. Grosso, *Quale diritto penale per gli anni novanta?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/1995, p. 1006 ss.; L. Ferlazzo Natoli e A. Buccisano, *Luci e ombre sulla riforma penale tributaria*, in *Boll. trib.*, n. 14/2000, p.1045; L. Lo Monte, *I nodi problematici della riforma del sistema penale in materia fiscale (D.lg. n. 74/2000)*, in *Rass. trib.*, n. 6/2021, p. 1508 ss.; A. Perini, *La repressione penale dell'evasione fiscale nella legislazione italiana. Evoluzione della normativa*, in *Il fisco*, n. 19/2002, p. 2981 ss.; G. Bersani, *La riforma del diritto penale tributario ex art. 9 legge 205/1999*, in *Riv. pen.*, n. 3/2000, p. 197 ss. Più in generale, per un puntale *excursus* sulle finalità della riforma attuata con il d.lgs. n. 74/2000 e sulle successive scelte del legislatore volte ad un complessivo inasprimento delle pene edittali, si veda A. Uricchio, *Manuale di diritto tributario*, Bari, 2020, p. 436 ss.

l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate di cui all'articolo 10-*bis*, introdotto nel medesimo d.lgs 74/2000 con la l. n. 311/2004, art. 1, comma 414, quanto l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto di cui al successivo articolo 10-*ter*, ricompreso nel novero dei reati tributari dal d.l. n. 223/2006, conv. in l.n. 248/2006.

Le richiamate fattispecie di omesso versamento criminalizzano il mero inadempimento dell'obbligazione al versamento dei tributi in favore dell'Erario sganciandosi da coefficienti psicologici pregnanti². Si tratta, infatti, di condotte caratterizzate, con assoluta evidenza, da un grado di insidiosità decisamente minore rispetto alle condotte di evasione, in quanto, a differenza di queste ultime, il contribuente presenta al Fisco dichiarazioni veritiere limitandosi, poi, per svariate ragioni che prescindono da qualsiasi finalità fraudolenta, ad essere inadempiente rispetto a mere obbligazioni pecuniarie.

Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo dell'indagine, per entrambi i reati è previsto il dolo generico (che potrebbe anche assumere la forma del dolo eventuale), per cui, ai fini della punibilità, è sufficiente la coscienza e la volontà di non versare all'Erario le ritenute effettuate nel periodo considerato e/o l'IVA riscossa sulle vendite nel periodo di riferimento.

Da tanto discende che non risulta affatto agevole definire una linea di demarcazione, in ossequio al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., tra fatti che meritano

² La previsione di un coefficiente psicologico così evanescente ha sollevato alcuni interrogativi sulla punibilità o meno del soggetto attivo in una serie di ipotesi problematiche in cui sostanzialmente la condanna per omesso versamento derivante da impossibilità di adempiere finisce per fondarsi sul colposo stato di difficoltà economica dell'imprenditore in quanto prevedibile conseguenza di un suo comportamento imprudente. L'orientamento rigoroso della giurisprudenza di seguito esposto, sul piano dell'effettività, si pone in contrasto con taluni principi fondamentali che governano il diritto penale, quali quello di legalità, di personalità della responsabilità penale e di prevedibilità della sanzione penale, in quanto giunge ad applicare incriminazioni dolose a comportamenti tutt'al più colposi, per aver negligenzemente o imprudentemente creato o non impedito (a causa dell'omesso accantonamento, in via prudenziale, delle somme da destinare al Fisco) la situazione di oggettiva impossibilità di tenere la condotta doverosa imposta dalla legge. Per una panoramica sulle critiche in questo senso, senza pretesa di esaustività cfr. G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, n. 10/2015, p. 1156; G. Forte, *I reati in materia di dichiarazione ed omessa dichiarazione e le fattispecie minori*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 550; M. Meoli, *Omessi versamenti di ritenute certificate e mancanza di liquidità*, in *Fisco*, 2013, 189; E. Musco e F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, p. 267; A. Valsecchi, *Omesso versamento delle ritenute di acconto e dell'IVA per insolvenza del contribuente*, in R. Garofoli e T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Milano, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2017, 7. In tema osserva puntualmente R. Alagna, *Crisi di liquidità dell'impresa ed evasione da riscossione: itinerari di non punibilità per i reati di omesso versamento*, in AA.VV., *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di Riccardo Borsari, Padova, 2013, p. 220 che le riforme del 2005 e del 2006 non consentono di distinguere la situazione delle imprese lecite, costrette in taluni casi ad omettere i tributi, da quella delle imprese illecite, che operano invece con il fine esclusivo di incassare senza versare le imposte.

l'applicazione di una pena e fatti che invece, sulla base del principio di *extrema ratio* dell'intervento punitivo, possono essere soddisfatti con il ricorso a sanzioni più miti di carattere extra-penale.

Il disvalore insito nella condotta omissiva considerata viene, in definitiva, ricondotto, seguendo un iter ricostruttivo denso di criticità, alla materiale disponibilità da parte dell'agente (e, quindi, al mancato accantonamento da parte del medesimo) delle somme destinate all'Erario³.

Diverse, e pertanto meritevoli di adeguata valutazione diversificata, possono essere, tuttavia, le condizioni dell'imprenditore che ha fatto registrare un ammanco alle casse del Fisco a titolo di ritenute o IVA.

In rapporto alle diverse modalità di declinazione della *crisi di liquidità* dell'impresa, specie in considerazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale che ne limita fortemente l'effettiva rilevanza⁴, la dottrina e la giurisprudenza, in particolar modo di merito, hanno proposto, con percorsi interpretativi non privi di ostacoli, variegate soluzioni di volta in volta incentrate sull'applicazione della controversa esimente della forza maggiore⁵ di cui all'art. 45 c.p.; sulla configurabilità dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.; sulla figura dell'inesigibilità⁶.

³ Opera una ricostruzione in linea con la, a nostro avviso, discutibile scelta del legislatore tributario, G.L. Soana, *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs 74/2000)*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale ritiene che la ragione che ha condotto il Legislatore a sganciare il meccanismo della sostituzione tributaria e dell'IVA dalla connotazione tipicamente fraudolenta propria dell'impianto del l.lgs n. 74/2000, sta nella particolare natura di queste due imposte, le quali restano nella disponibilità del contribuente che tuttavia non è libero di destinarle, essendo vincolato al versamento, nei termini indicati dalle norme incriminatrici, in favore dell'Erario. Da tanto discende, secondo l'A., che la decisione di destinare le somme ricevute dai terzi ad altri scopi possa integrare perfettamente gli estremi del dolo eventuale, "essendosi il contribuente, con una tale deviazione nella destinazione di quanto ricevuto, assunto il concreto rischio di non essere, poi, in grado di versare il dovuto all'Erario al momento della scadenza del termine fissato dal legislatore".

⁴ Alla luce dei maggioritari e poco convincenti orientamenti giurisprudenziali, successivamente esposti e criticati, non rileverebbe, tendenzialmente, l'omesso incasso dell'imposta sul valore aggiunto dalla propria controparte commerciale, con la conseguenza che il contribuente risponderebbe dell'omesso versamento IVA in favore del Fisco anche laddove lui stesso non dovesse ricevere tali somme dalla propria clientela, parimenti non rileverebbe l'assenza di risorse liquide nell'ambito dell'impresa al momento della scadenza del termine previsto dalle norme incriminatrici per provvedere al versamento delle imposte, con la conseguenza che il contribuente risponderebbe dell'omesso versamento di IVA o ritenute anche laddove al giungere del c.d. termine lungo non disponesse materialmente delle provviste necessarie per far fronte ai propri debiti erariali, non rileverebbe, infine la decisione dell'imprenditore di omettere il versamento delle imposte al fine di destinare le uniche riserve di liquidità disponibili a finalità terze, quali ad esempio il pagamento dei compensi ai propri dipendenti.

⁵ L'incerta collocazione dell'esimente emerge nitida nella ricostruzione di F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, 2011, Cedam, p. 152 che definisce la forza maggiore come istituto "senza patria".

⁶ Senza pretese di completezza in argomento cfr. G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

Orbene, la ricerca tesa ad individuare spazi di impunità nei casi in cui il contribuente si veda costretto ad omettere il pagamento per effetto di una comprovata situazione di illiquidità finanziaria – privilegiando eventualmente il pagamento di altri creditori per evitare la cessazione definitiva dell'attività economica⁷ – si è accompagnata, come si esporrà in seguito, ad una eccessiva discrezionalità dell'interprete nel definire i limiti della punibilità o meno delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, d.lgs n. 74/2000, in evidente contrasto con i fondamentali principi di legalità dei reati e delle pene sanciti dalle fonti sia interne che sovranazionali.

Muovendo da questo dato, l'analisi si interroga sulla coerenza della perdurante incertezza applicativa delle fattispecie di omesso versamento, in riferimento alla valorizzazione delle condizioni di illiquidità dell'impresa, con i principi di conoscibilità dell'incriminazione e di prevedibilità delle sue conseguenze che vanno rapportate, secondo i giudici di Strasburgo, non soltanto al diritto di fonte legislativa ma anche all'interpretazione concreta che ne forniscono i giudici nel diritto vivente.

2. Le criticità relative al perimetro di configurabilità degli illeciti.

Entrambe le fattispecie normate negli articoli 10-*bis* e 10-*ter* sono strutturate come reati omissivi propri⁸, istantanei e di mera condotta. Si tratta di delitti punibili a titolo di dolo

⁷ Tanto non solo considerando la circostanza attenuante comune prevista al n.1) dell'art. 62 c.p., ai sensi della quale la pena inflitta al reo subisce uno sconto fino a un terzo del suo ammontare laddove quest'ultimo abbia «agito per motivi di particolare valore morale o sociale» (in tal senso, v. Cass. Pen. Sent. n. 10084/2020, che ha riconosciuto la sussistenza dell'attenuante in parola in capo all'imprenditore che aveva omesso il versamento IVA in favore della liquidazione della retribuzione ai propri dipendenti) ma soprattutto avendo riguardo al profilo della colpevolezza intesa in termini di 'effettiva ragionevolezza' del rimprovero mosso dall'ordinamento dinanzi ad un fatto oggettivamente antigiusuridico. Con la sentenza n. 1085/1988 la Consulta sottolinea che «affinché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati». Ulteriori importanti indicazioni in vista della disamina della problematica oggetto di indagine sono altresì fornite dalla Consulta con la sentenza n. 322/2007 nella quale si statuisce che il principio di colpevolezza «si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti».

⁸ Sebbene il legislatore testualmente si riferisca a «chiunque», è evidente che il soggetto attivo della condotta possa essere solo il sostituto d'imposta, ovvero colui che è obbligato al pagamento di imposte, con diritto di rivalsa, in luogo di altri; la definizione di detta figura è racchiusa nell'art. 64, d.p.r. n. 600/1973, in funzione degli artt. 4 e 5, n. 633/1973.

generico, essendo richiesta la semplice consapevolezza della condotta omissiva e non anche il fine specifico di evadere le imposte che invece necessariamente caratterizza le altre tipologie di reati tributari.

Per il perfezionamento del reato di cui all'art. 10-ter è necessario che il contribuente ometta di versare l'IVA dichiarata a debito per l'anno precedente⁹ entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo¹⁰; riguardo al perfezionamento del reato di cui all'art. 10-bis, il momento consumativo coincide, invece, con il termine stabilito per la presentazione della dichiarazione annuale del sostituto di imposta¹¹.

Con l'introduzione dell'art. 10-bis il legislatore, mosso dall'esigenza di arginare la

⁹Larga parte della dottrina è dell'avviso che l'integrazione del delitto di cui all'art. 10-ter presupponga la presentazione di una dichiarazione valida dal punto di vista fiscale in quanto, in caso contrario, la dichiarazione dovrà considerarsi omessa, e pertanto sarà configurabile non già il delitto di omesso versamento di IVA bensì quello previsto e punito dall'art. 5 del medesimo decreto. In argomento, per tutti, cfr. E. Musco e F. Ardito, *Diritto penale tributario*, cit., p. 286.

¹⁰ Riguardo alla condotta oggettiva tipica, sussistono due differenti orientamenti dottrinali finalizzati a ricostruire il delitto di cui all'art. 10-bis o come reato a condotta *mista* ovvero in termini di reato di pura omissione. Secondo la prima ricostruzione la condotta delittuosa è da considerarsi di tipo misto (in parte attiva e in parte omissiva): la parte attiva della condotta è da ricondursi alla presentazione della dichiarazione Iva dalla quale risulta un debito superiore a 250.000 euro. La parte omissiva si concreta, invece, nell'omesso versamento dell'Iva a debito derivante dalla dichiarazione annuale per un importo superiore a 250.000 euro entro il termine di versamento dell'acconto dovuto per il periodo d'imposta successivo. Un diverso orientamento riconosce, invece, nella fattispecie dell'art. 10 bis un reato di pura omissione, in quanto il disvalore della condotta è tutto concentrato nel mancato versamento all'Erario delle predette ritenute entro il termine di legge.

Per una puntuale ricostruzione dei differenti orientamenti richiamati, v. A. Perini, *Diritto penale tributario*, in A. Cianci, A. Perini e C. Santoriello, *La disciplina penale dell'economia*, II, Torino, 2008, p. 162. A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., p. 592 ss.; E. Musco e F. Ardito, *Diritto penale tributario*, cit. p. 278; SG.L. Soana, *I reati tributari*, cit., p. 345.

In ogni caso riguardo all'individuazione della condotta tipica, sia la dottrina sia la giurisprudenza maggioritarie sono concordi nell'escludere l'accostamento fra l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate ed il delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p., mancando il requisito dell'altruità della cosa essendo il sostituto d'imposta debitore in proprio verso l'Erario per le somme corrispondenti alle ritenute di acconto.

¹¹ Fra gli interventi volti a dare rilievo al tardivo pagamento del debito tributario, modulandone gli effetti sull'imputazione e regolandone l'incidenza sull'eventuale sequestro e sulla confisca, si segnala quello attuato dal legislatore del 2015 volto a ridefinire la portata dell'art. 13, introducendo al primo comma una causa di non punibilità per i reati di omesso versamento e indebita compensazione (limitatamente al solo utilizzo di crediti non spettanti, con l'esclusione, quindi, di quelli inesistenti) qualora l'imputato provveda, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, all'estinzione di tutti i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, "anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso". Ampiamente in argomento si veda, A. Ingrassia, *Le criticità della non punibilità tributaria davanti ad un interrogativo cruciale: e se punire meno significasse punire meglio?*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2020, secondo il quale la norma in parola costituisce un elemento chiave per comprendere il sistema penale-tributario, ridisegnato in dimensione fortemente riscossiva, più che punitiva, dal d.lgs. n. 158/2015.

frequenza del fenomeno¹², ha previsto nuovamente¹³ come reato l'omesso versamento delle ritenute certificate che, come osservato dalla Suprema Corte, integra «una nuova fattispecie criminosa introdotta o reintrodotta dalla novella citata, senza alcuna continuità normativa con le disposizioni previgenti»¹⁴.

In passato, la rilevanza penale era collegata all'omesso versamento, sempre entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta, delle ritenute risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti. Dal 2015, invece, il delitto si determina a prescindere dal fatto che le omissioni risultino dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti, essendo sufficiente che siano dovute in base alla dichiarazione¹⁵. È opportuno sottolineare che proprio con l'entrata in vigore del d.lgs n. 158/2015 il legislatore ha cercato di superare le difficoltà probatorie che erano emerse in relazione all'accertamento del fatto di cui all'art. 10-*bis* come tipizzato nella sua formulazione previgente, per cui, allo stato, sia nella rubrica che nel testo, la locuzione di «omesso versamento delle ritenute certificate» è stata sostituita dall'attuale «omesso versamento di ritenute dovute o certificate», con conseguente estensione della portata applicativa della fattispecie¹⁶.

¹² Detto intervento del legislatore è stato infatti dettato, (come si legge nella relazione illustrativa alla L. n. 311/2004) dalla frequenza del fenomeno e dal danno che da tali comportamenti deriva all'erario.

In particolare, G. Soana, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (art. 10 bis e 10 ter d.lgs. n. 74/2000)*, in *Dir. pen. cont.*, p. 3, richiamando la relazione accompagnatoria al disegno di legge finanziaria 2005, evidenzia come la mancanza di una previsione penale per la fattispecie di omesso versamento di ritenute, aveva prodotto un notevole aumento di tali condotte con rilevante danno dell'Erario, in quanto molti contribuenti in difficoltà, in assenza di una sanzione penale, sceglievano di posticipare il pagamento di queste imposte destinando le residue risorse ad altre finalità.

¹³ Invero, la fattispecie delittuosa dell'art. 10-*bis*, riproduce la fattispecie dolosa che, nel sistema previgente, era racchiusa nel disposto dell'art. 2, comma 3, l. n. 516/1982 ai sensi del quale venivano sanzionate, tre distinte ipotesi (due fattispecie contravvenzionali, comma 1 e comma 2, e l'ultima, comma 3, delittuosa) tutte relative agli obblighi del sostituto d'imposta. A seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 74/2000 la valenza penale di tale disciplina è venuta meno con la depenalizzazione dell'intero Titolo I della L. n. 516/1982.

L'art. 10-*quater*, invece, integra una novità nel sistema penale tributario che, in un'ottica di continuità con l'art. 10-*ter*, si risolve in un'anticipazione nella tutela penalistica del patrimonio erariale che, in precedenza, trovava tutela nell'art. 11 che sanziona l'azione di fraudolenta dismissione del patrimonio successiva all'omesso versamento.

¹⁴ In tal senso Cass., sez. pen., 21 novembre 2000, n. 3514; 7 luglio 2000, n. 25875; 4 luglio 2013, n. 10480. Per puntuali riferimenti in ordine alle evoluzioni normative richiamate, si veda A. Pace, *I reati di omesso versamento di ritenute certificate di indebita compensazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, p. 233.

¹⁵ Il d.l. n. 124/2019, convertito in l. n. 157/2019, che ha dettato misure urgenti in materia fiscale, aveva previsto per l'art. 10 bis del citato D.lgs. 74/2000 l'abbattimento della soglia di punibilità ad euro 100.000,00 per ciascun periodo di imposta. Detta modifica non è stata tuttavia approvata.

¹⁶ In argomento, cfr. M.C. Bruno, *Commento agli artt. 10-bis, 10-ter, 10-quater d.lgs 74/2000 mod. d.lgs 158/2015*, in I. Caraccioli (a cura di), *I nuovi reati tributari, Commento al d.lgs 24 settembre 2015, n.158*, 2016, Giuffrè, p. 223 ss.; S. De Bonis, *Il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in A. Cadoppi, S. Canestrari e M. Papa, *Diritto penale dell'economia, Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, 2017, Milanofiori Assago, Tomo I, p. 889 ss.; A. Lanzi e P. Aaldrovandi, *Diritto penale tributario*, 2° edizione, 2017, Milanofiori Assago, p. 423 ss.

La consumazione del delitto di omesso versamento IVA, se di importo superiore a duecentocinquantamila euro, è rappresentata dalla scadenza per il pagamento dell'acconto

In merito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sentenza n. 24782/2018) hanno chiarito che per gli illeciti consumati fino al 21 ottobre 2015 per provare il reato di omesso versamento delle ritenute di acconto per importi superiori a 150mila euro è necessario produrre le certificazioni rilasciate ai sostituiti non essendo sufficiente la sola dichiarazione 770. Per gli illeciti consumati successivamente, per provare il reato è invece sufficiente produrre anche la sola dichiarazione 770 che riporta le ritenute non versate. La Suprema Corte di Cassazione (Cassazione penale, sez. III; n. 2393 del 22.01.2018), ha puntualmente sottolineato, «che in tema di omesso versamento di ritenute certificate, alla luce della modifica apportata dal Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 158, articolo 7, al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74, articolo 10 bis che ha esteso l'ambito di operatività della norma alle ipotesi di omesso versamento di ritenute dovute sulla base della dichiarazione proveniente dal datore di lavoro (c.d. mod. 770), deve ritenersi che per i fatti pregressi la prova dell'elemento costitutivo del reato non può essere costituita dal solo contenuto della dichiarazione, essendo necessario dimostrare l'avvenuto rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute operate dal datore di lavoro quale sostituto di imposta. Questa Corte, ha, del resto, puntualizzato che, l'estensione del reato, operata dalla novella, anche alle ipotesi di omesso versamento di ritenute dovute sulla base della sola dichiarazione mod. 770 va interpretata, 'a contrario', come dimostrazione che la precedente formulazione del citato articolo 10-bis non soltanto racchiudesse nel proprio parametro di tipicità solo l'omesso versamento di ritenute risultanti dalla predetta certificazione, ma richiedesse anche, sotto il profilo probatorio, la necessità di una prova del suo rilascio ai sostituiti». Da ultimo, le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., sent. 22 marzo 2018 n. 24782) sottolineano il principio secondo cui «con riferimento all'art. 10-bis nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dal d. lgs. n. 158 del 2015, la dichiarazione modello 770 proveniente dal sostituto di imposta non può essere ritenuta di per sé sola sufficiente ad integrare la prova della avvenuta consegna al sostituto della certificazione fiscale'. Viene poi significativamente chiarito: «dalla precisazione già operata dalle Sez. U. n. 37425/2013, con riguardo all'elemento di differenziazione tra illecito amministrativo e reato tributario rappresentato dal rilascio al sostituto della certificazione delle ritenute, previsto solo in quest'ultimo, si è posto in rilievo come, venendo ora sanzionato penalmente l'omesso versamento di ritenute anche solo risultanti dalla dichiarazione, la distinzione in oggetto rischi di venire quanto meno offuscata se non vanificata con conseguente sovrapposizione tra loro delle fattispecie penale ed amministrativa. E tutto ciò a prescindere dai non trascurabili aspetti critici che la novazione legislativa appare avere comportato, primo fra tutti il fatto che le ritenute risultanti dalla certificazione potrebbero anche, nella variegata realtà dei casi, non coincidere con quelle riportate in dichiarazione (il legislatore parrebbe invece muovere dal presupposto in senso contrario), sì che l'interprete, a fronte della equipollenza, oggi posta dalla norma, dell'una e dell'altra documentazione, resterebbe libero di propendere per la prima ovvero per la seconda pur in presenza della possibile differenza di importi tanto più rilevante attesa la previsione della soglia di punibilità contemplata dalla disposizione in esame». Sempre ad avviso del giudice di Legittimità (cfr. sentenza n. 1625 del 29 agosto 2019), si evidenzia l'assoluta insufficienza, della mera presentazione degli adempimenti fiscali di natura amministrativo-tributaria (modello 770), e dell'omesso pagamento quali elementi di prova ai fini dell'accertamento del fatto reato se non seguiti dalla prova dell'avvenuto rilascio della certificazione attestante la ritenuta. Tanto premesso si rileva che i superiori adempimenti possono assumere valore di mero indizio ma non risultano idonei a essere qualificati da soli come elementi di prova.

IVA¹⁷. Si rammenta, in merito, che la Corte Costituzionale¹⁸ ha cercato di ovviare all'irragionevole disparità di trattamento nei confronti dei fatti di omesso versamento dell'IVA accaduti prima dell'entrata in vigore della legge n. 148/2011 allineando la soglia di punibilità a quella legislativamente sancita dall'art. 4 per il delitto di dichiarazione infedele, vale a dire quella più alta. Il richiamato intervento della Consulta, sebbene apprezzabile in termini di ragionevolezza, non ha tuttavia eliso le problematiche di fondo sollevate dalla fattispecie in parola.

Come evidenziato in premessa, si asserisce, infatti, rispetto alla struttura degli illeciti *in oggetto*, la presenza del solo dolo generico, inteso come mera consapevolezza di omettere un versamento dovuto e non, invece, di quello specifico. È evidente, che una siffatta prospettazione dell'elemento psicologico amplia decisamente ed eccessivamente il perimetro della configurabilità degli illeciti stessi tanto da far fondatamente dubitare della coerenza dei delitti di omesso versamento di ritenute certificate ed IVA con la stessa logica ispiratrice posta a fondamento dell'impianto originariamente delineato dal d.lgs. n. 74/2000¹⁹.

La giurisprudenziale del Supremo Collegio si è orientata, in pratica, a confermare l'automatismo, per cui la scelta di non pagare l'IVA o di omettere il versamento della ritenuta provverebbe di per sé il dolo²⁰, appena temperato dalla previsione di uno

¹⁷ Anche riguardo al disposto dell'art. 10-ter, così come già esposto in relazione all'art. 10-bis, d.lgs. n. 74/2000, sono emersi due differenti orientamenti: secondo alcuni si tratta di un reato a condotta *mista* – in cui la componente attiva è costituita dalla presentazione di una valida dichiarazione annuale IVA, mentre la componente omissiva si sostanzia nell'omissione del versamento del tributo autoliquidato dal contribuente nella relativa dichiarazione – nella ricostruzione di altri si tratterebbe di un vero e proprio reato omissivo proprio. In tema, v. E. Musco e F. Ardito, *Diritto penale tributario*, cit., p. 285; M. L'Insalata, *L'omesso versamento dell'IVA*, cit. p. 939; G.L. Soana, *I reati tributari*, cit., p. 304.

Più precisamente, analogamente al delitto di omesso versamento delle ritenute d'acconto, deve ritenersi che il superamento della soglia relativa all'imposta evasa integri un elemento del fatto, andando detta soglia ad integrare la situazione tipica cui viene a correlarsi il sorgere dell'obbligo penalmente rilevante di effettuare il versamento entro il termine previsto per l'acconto relativo al periodo di imposta successivo; pertanto, il dolo dovrà estendersi a ricomprendere anche il dato in oggetto. In questi termini, v. A. Lanzi e P. Aldovrandi, *Diritto Penale tributario*, cit., p. 506.

¹⁸ Con la sentenza n. 80/2014 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 10-ter, d.lgs. n. 74/2000 nella parte in cui, con riferimento ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, puniva l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi non superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 103.291,38.

¹⁹ Si veda, in tal senso, A. Lanzi e P. Aldovrandi, *Diritto Penale Tributario*, cit. p. 54 ss. In merito alle specifiche previsioni normative considerate, efficacemente G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *Discrimen*, 2020, p. 94 evidenzia la reintroduzione dell'odiosa figura dell'arresto per debiti.

²⁰ Sulla configurabilità del dolo generico Cass., sez. un., 12 settembre 2013, n. 37425 e 37424, cit.; Cass. pen., sez. III, 15 maggio 2014, n. 20266; Id., 17 gennaio 2013, n. 9578, in *Riv. dir. trib.*, 2013, III, p. 41 ss.

sproporzionato onere di allegazione difensiva volto a dimostrare l'adozione di tutte le iniziative per la corresponsione del tributo, anche attingendo al patrimonio personale, per far fronte ad una crisi che deve essere grave, imprevedibile e inevitabile.

Di conseguenza, si assume, tendenzialmente, l'irrilevanza della situazione di crisi enfatizzando l'esistenza di un obbligo da parte del trasgressore di accantonare le somme dovute all'erario al fine dell'adempimento²¹ e di cercare di reperire risorse attraverso atti di dismissione patrimoniale²².

Il pericolo che si corre seguendo questo percorso argomentativo è di introdurre, ad opera della giurisprudenza, un obbligo – quello dell'accantonamento dell'imposta – che non è previsto normativamente, con manifesta lesione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penal tributaria²³ ed evidente rischio di identificare, discostandosi peraltro decisamente dalla legge delega, forme di responsabilità oggettiva correlate all'individuazione di condotte non sorrette dal requisito della frode²⁴.

Le conclusioni raggiunte dal giudice di legittimità circa la sussistenza di un obbligo di accantonamento in capo al contribuente da riconoscersi in via sostanzialmente assoluta, risultano ancor meno condivisibili in materia di versamento IVA ciò in quanto la prassi dimostra che all'emissione delle fatture, da cui scaturisce l'obbligo di versare l'IVA, non

²¹ Cass. pen. n. 20266/2014, cit.; Id., 12 maggio 2014, n. 19426; Id., 11 aprile 2014, n. 16028; Id., 3 aprile 2014, n. 15176; Id., 1° aprile 2014, n. 14953.

²² Diffusamente sulla tematica, v. V. Ficari, *Crisi di liquidità, omessi versamenti e forza maggiore*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, p. 823, il quale puntualmente sottolinea che “quanto al profilo soggettivo, il dolo, anche se generico, non sembra presumibile ed accertabile senza considerare avverse circostanze documentate e idonee a provare la non imputabilità della difficoltà finanziaria. Non si può, infatti, dare per scontato che l'inadempimento agli obblighi di versamento sia conseguente alla *mala gestio* del soggetto e che sia sempre possibile per il contribuente trasgressore trovare soluzioni alternative volte al reperimento di risorse” chiarendo ulteriormente che “non va trascurato che la prova in sede penale è esperibile con mezzi notoriamente più ampi (es. testimonianze) di quelli solo documentali (cui aggiungere quelli, indiretti, attraverso presunzioni semplici) propri del diritto tributario e che, quindi, molte circostanze che in sede di accertamento tributario difficilmente potrebbero emergere possano, invece, giungere all'attenzione del giudice attraverso i canali processuali. La diversa disciplina delle prove, dunque, rende possibile dimostrare con allegazioni documentali e/o prove testimoniali che la crisi era inevitabile per l'impossibilità effettiva di reperire risorse anche attraverso il finanziamento bancario oppure la liquidazione del patrimonio personale/sociale”.

²³ In merito si vedano le osservazioni di G.M. Cipolla, “*Crisi economica e configurabilità del reato di omesso versamento IVA*”, *Giurisprudenza commerciale*, n. 1/2020, pp. 166-183. 16.

²⁴ Ampiamente sul punto si veda G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *Discrimen*, 2020, il quale rileva l'incostituzionalità (per vizio di “eccesso di delega”) della norma per violazione dell'art. 8 della legge delega di riforma del sistema sanzionatorio tributario del 2014 (l. n. 23/2014), sottolineando efficacemente che la disposizione richiamata (nel caso di specie l'articolo 10 ter) fornisce al legislatore delegato una precisa ed inequivocabile indicazione in base alla quale nella definizione delle fattispecie incriminatrici dovrà essere dato rilievo «tenuto conto di adeguate soglie di punibilità, alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa».

sempre si accompagna la materiale corresponsione del corrispettivo da parte dell'acquirente del bene e/o del fruitore del servizio, a causa della possibile insolvenza del debitore. Pertanto, quanto meno con riferimento a questa ipotesi, dovrebbe escludersi la rimproverabilità dell'imprenditore per omesso accantonamento di somme mai entrate nella sua materiale disponibilità²⁵.

Sul piano dell'effettività, dunque, quello che il legislatore ha costruito come reato di omesso versamento viene trasformato nella prassi giurisprudenziale in reato di mancato accantonamento, con spostamento all'indietro del significato di disvalore penale del fatto²⁶.

In sostanza, con un cristallizzato e decisamente poco convincente orientamento, la Suprema Corte, pur considerando qualche apprezzabile eccezione, ha sempre negato o fortemente limitato la rilevanza *esimente* alla *impossibilità* di adempiere per mancanza delle risorse necessarie²⁷.

Più in particolare, la Corte di Cassazione ha ampiamente ribadito²⁸ che la sussistenza di un margine di scelta per l'agente esclude sempre la forza maggiore, sottolineando, nell'ambito del suo percorso argomentativo, che la presenza della forza maggiore deve essere dimostrata dovendosi fornire la prova della crisi economica che improvvisamente avrebbe investito il contribuente nonché l'indicazione della circostanza che detta crisi non poteva essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso ad idonee misure da valutarsi in concreto. Occorre in sostanza provare che non sia stato possibile per il contribuente reperire

²⁵ In questo senso, condivisibilmente, *ex multis*, v. A. Lanzi e P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit. p. 456.

²⁶ Così testualmente, G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, cit., 2020.

²⁷ *Ex multis*, Cass. Sez. III, n. 7644, n. 9/2019, n. 39500/2017, n. 38715/2018.

Si veda, da ultimo, Cass. pen., Sez. III, sent. 10 settembre 2020 – 14 ottobre 2020, n. 2848, § 10.4, ove si sostiene che non si esclude che «in astratto, siano possibili casi – il cui apprezzamento è devoluto al giudice del merito e, come tale, insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato – in cui possa invocarsi l'assenza del dolo o l'assoluta impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria. È tuttavia necessario che siano assolti precisi oneri di allegazione che, per quanto attiene alla crisi di liquidità, devono investire non solo l'aspetto circa la non imputabilità al sostituto d'imposta della crisi economica, che improvvisamente avrebbe interessato l'impresa, ma anche che detta crisi non possa essere stata adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi in concreto».

In merito, in dottrina, senza pretese di completezza cfr. I. Caraccioli, *Riflessioni sui reati di omissione propria e sulle cause di non punibilità suscitate dalle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3/2013, p. 253; O. Mazza, *Crisi di liquidità e crisi di legalità nell'accertamento dei reati di omesso versamento dei tributi*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 415; S. Cannizzaro, *Omesso versamento di tributi e crisi di liquidità: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. trib.* 2/2015, p. 249; A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari: l'omesso versamento dell'Iva alla vigilia dell'entrata in vigore del codice della crisi*, in *Riv. dir. trib.*, 2020.

²⁸ Si vedano le sentenze n. 28488/2020, n. 25433/2020 e n. 1768/2021.

le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni volte al recupero, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, di quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili.

Sul piano dell'effettività, pertanto, il contribuente non può giustificarsi adducendo l'esigenza di adempiere alle obbligazioni di pagamento nei confronti di altri soggetti, rappresentando, la scelta consapevole di non versare il tributo privilegiando il soddisfacimento di altre obbligazioni, la prova inequivocabile dell'inadempimento tributario penalmente rilevante da non potersi attribuire evidentemente ad una causa di forza maggiore.

Orbene, vero è che l'Erario è un creditore privilegiato in quanto i suoi interessi sono assicurati da strumenti particolarmente incisivi previsti a garanzia dell'obbligo costituzionale imposto a tutti i consociati di contribuire alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, pur tuttavia è necessario ricercare, rispetto agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, soluzioni interpretative alternative (che inevitabilmente scontreranno delle innegabili distonie funzionalistiche discendenti dalla tipizzazione stessa delle disposizioni in parola) quanto più possibile protese a garantire il perseguimento dell'interesse fiscale²⁹ assicurando allo stesso tempo un bilanciamento con

²⁹ Detto valore può essere definito come “il principio (costituzionale) che giustifica quelle norme tributarie, sia inerenti alla struttura del tributo sia relative all'applicazione del tributo o strumentali all'applicazione del tributo, che rafforzano la posizione del fisco rispetto a quella del contribuente in funzione della realizzazione del dovere tributario. Così si esprime G. Bizioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008, p. 178, il quale chiarisce che “l'interesse fiscale richiede la semplicità dei tributi, fra cui rientra la ‘tipizzazione legale’ dei fatti tassabili; la previsione di norme di contrasto all'evasione e all'elusione nonché, sul lato tenuti e della sua misura, non la correlazione fra pubblici poteri e situazioni dei privati nelle diverse modalità di attuazione dei tributi”. Nella ricostruzione teorica accolta dall'autore, si deve escludere che con il termine “interesse fiscale” si indichi un criterio distributivo dei carichi pubblici, essendo detta funzione svolta dal principio di capacità contributiva ed eguaglianza tributaria secondo quell'esigenza di integrazione sostanziale della persona nella comunità statale.

Diversa è la ricostruzione operata da P. Boria, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, in L. Perrone e C. Berliri (a cura di), *Diritto Tributario e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 57 e ss., in cui si evidenzia che “l'interesse fiscale delineato in consonanza con l'art. 3 comma 2 Cost. porta ad una sintesi feconda, in cui sembrano stemperarsi i profili di netta antitesi tra l'interesse della comunità e l'interesse del singolo consociato, attraverso la dissoluzione dello stato di (mera) soggezione al potere pubblico e la contestuale valorizzazione della dimensione comunitaria dell'individuo rispetto al programma di autorealizzazione della persona umana”. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 255, evidenzia che “nonostante l'‘interesse fiscale’ (in senso stretto) venga riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale come oggetto di una distinta protezione in Costituzione, a questo – in quanto non riconducibile ai dovere

gli altri interessi costituzionalmente protetti.

3. L'esclusione della sussistenza del reato per *impossibilità di adempiere*: mancanza del dolo ed assenza della tipicità dell'omissione.

Come puntualmente rilevato, risulta arduo ricercare un fondamento dogmatico nella ricostruzione dello “stato di necessità”³⁰, o addirittura della “forza maggiore”³¹ in funzione esimente del mancato pagamento per (incolpevole) mancanza di risorse, trattandosi di argomentazioni che cercano di conferire veste giuridica a decisioni fondate su base equitativa.

Ciò posto, ragionando sul profilo dell'elemento soggettivo delle fattispecie oggetto di indagine si ritiene, come evidenziato, generalmente sufficiente per l'integrazione del reato la sussistenza del dolo generico, non essendo rilevante il fine perseguito dall'agente nel realizzare il comportamento illecito. Seguendo quest'ordine di idee, basterebbe l'omissione cosciente e volontaria perché si configurino i reati in questione non essendo necessario indagare sulla finalità specifica di evadere le imposte.

Tuttavia, nei casi in cui l'omesso versamento non costituisca il risultato di una libera scelta dell'agente, ma dipenda da fattori esterni che sostanzialmente lo costringono a violare il precetto, i principi fondamentali posti alla base del diritto penale difficilmente potranno portare a ritenere sussistente, innanzitutto, il coefficiente soggettivo doloso richiesto dalle

inderogabili – la stessa giurisprudenza non sembra considerare riferibile il paradigma proprio dei valori costituzionali preminenti e in capo ad esso si ravvisa, più semplicemente, una rafforzata capacità di giustificare, ai sensi dell'art. 3, I comma, e dell'art. 53, I comma, determinate discipline impositive”. Sulle diverse fasi che hanno caratterizzato il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. A. Fantozzi, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2012, p. 94 ss.

³⁰ Sottolinea efficacemente G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, cit. che “lo ‘stato di necessità’ come scriminante non solo ‘sconta’ i noti ristrettissimi limiti strutturali, ma è notoriamente destinata ad operare in assenza di disciplina normativa (*necessitas non habet legem*) e quando per l'ordinamento è indifferente la soccombenza di uno dei due interessi che vengono in conflitto. Diverso ragionamento, sottolinea ancora l'Autore, andrebbe operato riguardo allo stato di necessità come ‘scusante’, operante quindi sul piano della colpevolezza; si tratterebbe di un ragionamento estraneo alla nostra tradizione giuridica (tranne nei casi espressamente contemplati di altrui minaccia dall'art. 54, comma 3 c.p. e di esecuzione di ordine illegittimo insindacabile secondo l'art. 51, comma 4 c.p.), ma recuperabile allorché venga in gioco un ‘conflitto di doveri’”.

³¹ In argomento si rinvia, ancora, a F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. p. 152 ss., nonché a A. Giovannini *Impossibilità di pagare le imposte nelle imprese in crisi: la forza maggiore esclude la pena?*, in *Corr. Trib.*, n. 42/2012, p. 3260.

fattispecie incriminatrici in parola, trattandosi di situazioni in cui, seppure il contribuente è senza dubbio consapevole dell'esistenza del debito tributario e della condotta omissiva, difetta la volontà di non compiere l'azione giuridicamente imposta per l'assenza di una ragionevole condotta alternativa³².

Nell'ipotesi prospettata, in pratica, il soggetto incapiente ha sì la consapevolezza di non versare quanto dovuto, ma, difettando la possibilità di scelta tra pagare e non pagare, in realtà "non decide" di non pagare e quindi "non vuole non pagare"³³. La soluzione proposta non risulta inficiata dall'obiezione sulla scorta della quale in relazione alla fattispecie in oggetto si tratterebbe di delitto punito a titolo di dolo generico che potrebbe dunque assumere anche le forme del dolo eventuale, ciò in quanto è necessario che chi versa in *dolo eventuale* non solo si rappresenti come possibile il risultato offensivo ma anche che effettivamente *decida* di agire anche a costo di realizzarlo³⁴.

La mancanza di liquidità dell'imprenditore potrà, pertanto, rilevare sul piano soggettivo³⁵, dal momento che il dolo dell'omissione è caratterizzato, oltre che dalla rappresentazione del presupposto di dovere agire, dalla volontà di omettere; pur tuttavia, può ragionevolmente sostenersi che la presenza di una crisi di liquidità tale da rendere impossibile per il contribuente l'adempimento dell'obbligazione tributaria, configuri una causa di esclusione della tipicità dell'omissione in virtù della mancata integrazione di una

³² G. Flora, *I reati previsti dagli artt. 2 e 3 l. n. 516/82*, in E. Di Nicola, G. Flora, C.F. Grosso, M. Nobili, T. Padovani (a cura di), *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Legge 7 agosto 1982, n. 516, Milano, 1986, p. 161 ss., rileva che in situazioni di acuta crisi di liquidità che rendano, di fatto, impossibile il versamento delle ritenute, necessariamente viene a mancare nel soggetto attivo il coefficiente psicologico del dolo, sulla base del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. L'Autore limpidamente chiarisce che, perché possa dirsi integrato il dolo generico, dato dalla coscienza e volontà di non effettuare il pagamento dell'imposta nel termine stabilito dalla fattispecie penale, è necessario che il contribuente abbia, alla scadenza di quel termine, la possibilità di assolvere all'obbligazione tributaria.

³³ L'esistenza concreta della possibilità di adempiere comunque all'obbligo tributario costituisce pertanto «l'indefettibile presupposto della sussistenza della volontà in capo al soggetto obbligato di non effettuare nei termini il versamento dovuto». Si veda, sul punto, Cass., Sez. III, sent. 16 aprile 2015 – 8 ottobre 2015, n. 40352.

³⁴ In questo senso *ex multis*, Cass. pen., S.U., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, Presidente Santacroce, Relatore Blaiotta, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1926 segg., con nota di G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, p. 1938 ss. e di M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, p. 1953. Ampiamente in tema v. G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, cit., 2020.

³⁵ G. Flora, *I reati previsti dall'art. 2, L. 516/1982*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, cit. p. 166, analizzando le fattispecie previgenti, già limpidamente avvertiva che nelle situazioni di crisi acuta di liquidità che rendano, di fatto, impossibile il versamento delle ritenute da parte del sostituto, si dovrebbe comunque pervenire all'esclusione dell'elemento soggettivo del reato, poiché la possibilità di assolvere il dovere di pagamento va valutata in relazione a quanto umanamente esigibile dal soggetto nel caso concreto.

delle sue componenti fondamentali, vale a dire la possibilità materiale di agire.

Invero, prima ancora che nell'assenza del dolo, l'impossibilità di effettuare i versamenti per assoluta mancanza di liquidità potrebbe rinvenire la soluzione preferibile in relazione al piano della tipicità della fattispecie omissiva propria. Considerando i reati omissivi propri, infatti, il compimento dell'azione doverosa postula la sussistenza, in origine, della possibilità materiale di agire nel senso richiesto dalla norma. Il riferimento è, seguendo quest'ordine di idee, alla *possibilità di agire* nella misura in cui non si sarebbe in presenza del fatto tipico descritto dalla norma, o, quanto meno, mancherebbe il dolo.

Ciò posto, senza dubbio più complessa è la situazione in cui il contribuente non versi le imposte per cercare di risollevare le sorti dell'impresa pagando i fornitori o i dipendenti in quanto in detta ipotesi sarà più arduo poter sostenere l'assenza della componente volitiva del dolo. Dubbi sulla configurabilità del dolo, pur considerando le riserve di seguito espresse, potrebbero essere, tuttavia, individuati in riferimento alla scelta del contribuente di dare la precedenza al pagamento di altri creditori nella convinzione che la prosecuzione dell'attività di impresa avrebbe consentito di ottenere ricavi ed utili da destinare al pagamento dell'imposta.

4. Le scusanti tematizzate sul piano della colpevolezza: le vie percorribili e l'imprevedibilità delle loro conseguenze applicative.

Come chiarito, bisogna tenere ben distinte due ipotesi: la prima, della quale ci si è innanzi occupati, relativa al caso in cui il contribuente/imputato si è trovato incolpevolmente per le più varie ragioni in una situazione imprevedibile di liquidità e, la seconda, relativa invece all'ipotesi in cui il contribuente/imputato abbia deliberatamente programmato l'inadempimento mettendosi nelle condizioni di non adempiere.

Quest'ultima ipotesi può essere sorretta da motivazioni diametralmente opposte: da un lato può sottendere la scelta del soggetto agente di destinare le somme a spese non inerenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale (in questo caso risulterebbero integrati gli elementi della fattispecie incriminatrice) dall'altro, può riferirsi alla scelta del soggetto agente di tenere un comportamento conforme all'esigenza di mantenere in vita l'impresa. Riguardo a quest'ultimo profilo, sicuramente più complesso risulta l'inquadramento di

quelle fattispecie in cui il contribuente versi in una impossibilità meramente relativa di adempiere ai propri obblighi di imposta, in quanto, pur di fronte ad una grave crisi finanziaria dell'azienda, disponga di liquidità sufficienti ad onorare il proprio debito nei confronti dello Stato ma, nonostante ciò, preferisca indirizzare le somme al pagamento dei propri dipendenti, dei propri fornitori, di mutui bancari (ecc.), tanto per evitare la cessazione definitiva dell'attività economica.

Nelle ipotesi sopra richiamate, infatti, appare non semplice sostenere, sebbene non manchi qualche pronunciamento giurisprudenziale in tal senso, l'assenza della componente volitiva del dolo, in quanto una volontà di non adempiere ai propri obblighi tributari, sebbene fortemente coartata, sussiste.

È pur vero, comunque, che le circostanze fattuali del caso specifico possono delineare una situazione in cui manchi la rappresentazione da parte dell'imputato della futura carenza delle risorse necessarie per assolvere all'obbligazione tributaria con la conseguente mancata integrazione della fattispecie sotto il profilo dell'adesione volitiva³⁶.

³⁶ Si segnala sul punto l'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione, sez. III., n. 42522 del 5.06.2019, dep. 16.10.2019. Con detta decisione i Supremi Giudici hanno confermato l'assoluzione dell'imputato pronunciata dalla Corte d'Appello di Bologna per il reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 che aveva, a sua volta, riformato la sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Modena. Nel decidere il caso, dichiarando inammissibile il ricorso proposto dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Bologna, i Giudici hanno ritenuto corretta la decisione di secondo grado che ha ritenuto non esigibile la condotta antidoverosa omessa, sulla base del fatto che i soci della società capogruppo avevano adottato le misure idonee a tentare di fronteggiare la crisi, ritenendo l'insussistenza dell'elemento soggettivo, «sottolineando che la scelta dell'imputato di provvedere al pagamento di dipendenti e fornitori era avvenuta in una prospettiva di continuità aziendale, nella convinzione che tale opzione avrebbe consentito la prosecuzione dell'attività d'impresa, il conseguimento di ricavi e la produzione di utili e, quindi, anche l'adempimento alla scadenza dell'obbligazione tributaria, con la conseguente insussistenza della rappresentazione da parte dell'imputato medesimo della mancanza delle risorse necessarie per assolvere a tale adempimento alla scadenza».

Apprezzabile sicuramente per la finalità solidaristica è il portato di una sentenza (Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2018, n. 6737, ud. 23 novembre 2017) con la quale la Corte di Cassazione ha statuito che può escludersi il dolo generico del soggetto agente, per mancanza della consapevolezza dell'illiceità dell'omesso versamento delle ritenute certificate, ex art. 10-bis, d.lgs. n. 74/2000, quando la decisione di pagare dipendenti in preferenza rispetto al fisco, derivi dalla convinzione che gli stessi abbisognino dell'immediata corresponsione (non di somme di denaro di per sé, bensì) di «mezzi di sostentamento necessari» per loro e per le loro famiglie. In argomento, diffusamente, v. G. Bergamaschi, *Il movente solidaristico e assistenziale verso i dipendenti nel reato di omesso versamento delle ritenute certificate*, in *Ilpenalista.it*, 11 aprile 2018; E. Tomasinelli, *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell'imprenditore. La Cassazione alle prese con un'omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore*, in *www.giurisprudenzapenale.it*.

Per una diversa ricostruzione, v. Cassazione penale sez. III, 06/07/2018, n.52971 nel senso che «In tema di reati tributari, l'omesso versamento dell'Iva cui all'art. 10-ter d.lg. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere giustificato, ai sensi dell'art. 51 c.p., dal pagamento degli stipendi dei lavoratori dipendenti, posto che l'ordine di preferenza in tema di crediti prededucibili, che impone l'adempimento prioritario dei crediti da lavoro dipendente (art. 2777 c.c.) rispetto ai crediti erariali (art. 2778 c.c.), vige nel solo ambito delle procedure

Fermi i rilievi svolti, è opportuno interrogarsi sulla possibilità di riservare l'impunità per l'imprenditore in crisi acuta di liquidità, attraverso il richiamo, con le opportune limitazioni, alla dimensione normativa della colpevolezza alla stregua della quale "il giudizio di riprovazione normativo può sussistere solo fin dove è possibile avanzare la pretesa ad un comportamento osservante della norma"³⁷.

In pratica, l'inquadramento sistematico proposto riguarda lo stato di necessità come scusante operante sul piano della colpevolezza intesa non nella concezione psicologica cioè della relazione fatto autore in termini di dolo o colpa, ma in termini di valutazione dell'agire in base alla rimproverabilità dell'autore³⁸.

Questa ricostruzione ben si adatta al caso in cui si assiste, in capo al contribuente/imputato, ad un conflitto di doveri entrambi di rilevanza costituzionale: da un lato il dovere di pagare le imposte (in una logica di tutela dell'interesse erariale alla riscossione), dall'altro l'adempimento del dovere di cui agli articoli 41 Cost. (libertà di iniziativa economica privata) e 35 Cost. (tutela dei lavoratori). Detto conflitto di doveri potrà essere risolto esclusivamente dal giudice sulla scorta di una attenta valutazione della fattispecie posta al suo esame e rimessa, comunque, al suo discrezionale apprezzamento con conseguenti evidenti limiti in termini di prevedibilità dell'incriminazione.

Bisogna in pratica chiedersi se è rimproverabile l'imputato contribuente che abbia scelto, in una situazione di crisi finanziaria, di provvedere al pagamento di dipendenti e fornitori nella prospettiva di garantire la continuità aziendale. Vero è, infatti, che è proprio la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intesa nel suo contenuto intrinseco di *sofferenza legalmente inflitta* che conferisce rilievo primario al giudizio di colpevolezza³⁹.

Ciò posto, è opportuno verificare la praticabilità di un ulteriore orientamento esegetico che reputando non sussistenti gli estremi della forza maggiore e non escludendo il dolo, giunge comunque ad una pronuncia assolutoria, per mancanza di colpevolezza intesa "come

esecutive e fallimentari e non può essere richiamato in contesti diversi, ove non opera il principio della 'par condicio creditorum', al fine di escludere l'elemento soggettivo del reato».

³⁷ In questi termini v., C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, p. 164.

³⁸ G. Ingraio, *Crisi di liquidità da coronavirus e omesso versamento dei tributi: quali conseguenze sanzionatorie amministrative e penali?* in *Riv. dir. trib.*, 2020, valorizza il profilo della consapevolezza nell'accezione richiamata per sostenere, tuttavia, che l'omesso versamento dell'iva e delle ritenute IRPEF del 2019, che perduri sino ai termini allargati previsti dal d.lgs. n. 74/2000, possa essere conseguenza di una assoluta impossibilità di adempiere all'obbligazione tributaria da parte dell'imprenditore o del professionista e quindi venga meno il presupposto della colpevolezza.

³⁹ Così, T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1987, p. 822.

inesigibilità soggettiva della condotta doverosa omessa”⁴⁰. Il richiamo, come efficacemente rilevato, sarebbe operato alla “inesigibilità evocativa della categoria delle ‘scusanti’ incentrate sulla non rimproverabilità dell’atteggiamento anti-doveroso della volontà dell’agente la cui ‘decisione’ di agire si è formata sotto la spinta emotiva di circostanze straordinarie condizionanti”⁴¹.

Detto riferimento alla categoria giuridica della *inesigibilità* rischierebbe di determinare un vulnus nel principio di legalità nella misura in cui il principio della non esigibilità di una condotta diversa non potrebbe trovare collocazione al di fuori delle cause di giustificazione espressamente codificate⁴². Più in particolare, il problema sollevato dalla inesigibilità quale causa generale di esclusione della colpevolezza, pure in ipotesi non esplicitamente previste dalla legge (sempre che meritevoli di essere prese in considerazione dall’ordinamento giuridico), consiste nella lesione che essa arrecherebbe ai principi di tassatività e determinatezza delle norme penali⁴³. Il concetto in parola, caratterizzato da genericità e vaghezza, si esporrebbe, infatti, al rischio di una eccessiva discrezionalità nell’applicazione giurisprudenziale a cui verrebbe rimesso il delicato compito di stabilire quale condotta conforme al precetto è esigibile e quale invece no, in contrasto con i principi del *nullum crimen sine lege* e di uguaglianza⁴⁴.

⁴⁰ In merito si veda Trib. Milano, 15.12.2015 (dep. 18.2.2016) n. 13701 relativa ad una fattispecie concreta di omesso versamento di ritenute fiscali da parte del legale rappresentante di una società, il quale aveva agito, in presenza di una grave crisi di liquidità, per salvaguardare l’attività aziendale, tutelando dipendenti e fornitori, e che peraltro al momento del processo stava procedendo a versare con regolarità le rate previste in un piano concordato con l’Agenzia delle Entrate.

⁴¹ Così, G. Flora, *Non avrai altro creditore all’infuori di me!*, cit., p. 96.

⁴² Quanto alle possibili obiezioni per cui le *scusanti* sarebbero tassativamente tipizzate nel nostro ordinamento, nella sentenza (Trib. Milano, 15.12.2015, n. 13701) si osserva come la stessa Corte di cassazione (cfr. Cass. pen., sez. II, 21-30 aprile 2015, n. 34147) abbia escluso che esse abbiano carattere «tassativo», riconoscendo sostanzialmente l’esistenza di un principio generale in base al quale nessun fatto soggettivamente non rimproverabile può essere penalmente sanzionato.

Sottolinea altresì il Tribunale che - un tale giudizio di esigibilità e rimproverabilità non può mai dipendere da «una soggettiva valutazione del giudice, che si sostanzierebbe in un’illegittima arbitrarietà», ma deve fondarsi su «elementi di fatto e circostanze concrete che siano, nella loro oggettività, tali da far apparire la condotta dell’imputato umanamente non rimproverabile agli occhi di qualunque osservatore medio, di qualunque persona, e anche del giudice stesso».

⁴³ G. Flora, *Crisi di “liquidità” ed omesso versamento di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?* in *Rass. Trib.*, n. 4/2014, p. 906 (nota a sentenza), sottolinea che le esimenti invocate dagli imprenditori per scriminare l’inadempimento degli obblighi tributari penalmente sanzionati si configurano quali “ipotesi di giustificazione spesso trattate dalla giurisprudenza con una preoccupante disinvoltura dogmatica, anche in ragione di una corrispondente disinvoltura dogmatica dei ricorrenti”, tanto che “verrebbe la tentazione di rivalutare con maggiore attenzione la oggi per lo più demonizzata categoria delle scriminanti non codificate: dall’azione socialmente adeguata al mezzo giusto per un fine giusto”.

⁴⁴ Sulla tematica, cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 408 ss.

5. L'impatto delle incertezze della prassi giurisprudenziale sul principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU: prospettive *de iure condito* e *de iure condendo*.

Da un esame delle riforme intervenute sul tema oggetto di analisi si evince il progressivo intento del legislatore di procedere al rafforzamento del “diritto penale della riscossione”⁴⁵ anche a discapito della centralità delle fattispecie di frode, che avrebbe dovuto, invece, rappresentare l'elemento primario intorno al quale definire il sistema dell'incriminazione in ambito penal tributario.

Emblematico delle storture del sistema, così come attualmente disegnato, è proprio il tema della crisi dell'impresa con specifico riferimento alla questione dei rapporti tra crisi di liquidità dell'imprenditore e reati tributari omissivi.

L'exkursus delle diverse soluzioni proposte tese a valorizzare la crisi di liquidità in ordine ai delitti di omesso versamento delle imposte ha rivelato, infatti, la palese difficoltà di inquadramento sistematico della condizione di illiquidità delle imprese. Questa tendenza è emersa non solo considerando i diversi profili con cui si manifesta in concreto la crisi di liquidità, ma anche avendo riguardo all' allargamento della tipicità dei delitti di omesso versamento che, sul piano dell'effettività, amplifica il rischio di punire condotte essenzialmente colpose in quanto meramente caratterizzate dalla violazione delle regole di buona amministrazione dell'impresa.

De jure condito, a fronte di questo composito quadro di riferimento, la scelta del legislatore del 2015 di innalzare la soglia di punibilità potrebbe essere tendenzialmente condivisa solo in un'ottica di reale sussidiarietà, nella misura in cui il doppio binario sanzionatorio (pur con le evidenti e sempre attuali criticità che lo stesso involge alla luce delle ancora non sufficientemente composte tensioni, tra ordinamento nazionale e giurisprudenza europea)⁴⁶ consentirebbe in astratto di riservare la sanzione penale solo alle omissioni di valore

⁴⁵ In tal senso, v. A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs “illecito penale personale”*, Rimini, 2016.

⁴⁶ In ordine ad un impiego delle sanzioni penali tendenzialmente strumentale alle esigenze del fisco con particolare riguardo alla duplicità di sanzioni sostanzialmente penali che colpiscono il ritardato versamento di ritenute certificate dai sostituti d'imposta e quello dell'IVA dichiarata e non versata dai soggetti passivi del tributo e conseguente vulnus arrecato al principio di proporzionalità si veda diffusamente M. Villani, *La tutela sanzionatoria dell'interesse fiscale. Il limite dei principi*, Padova, 2020.

ingente⁴⁷. Parimenti va considerata favorevolmente la nuova causa di non punibilità del *pagamento del debito tributario*, introdotta dalla novella del 2015, nel già richiamato art. 13, d.lgs n. 74/2000.

Si tratta, comunque, di meri correttivi volti a temperare l'incongruenza delle scelte di politica criminale adottate, peraltro, amplificata dalla stessa giurisprudenza di legittimità che ha optato per l'irrelevanza, salvo alcune precisazioni, della crisi di liquidità rispetto alla consumazione dei delitti di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, d.lgs. n. 74/2000, giungendo a tali conclusioni sulla scorta di una decisamente poco convincente anticipazione del disvalore penale della fattispecie, incentrato non già sull'omesso versamento ma sul mancato accantonamento (peraltro di fonte extralegale) da parte dell'imprenditore delle somme ricevute dal cliente o dallo stesso trattenute al dipendente.

Da tanto discende che le condotte omissive tributarie considerate, in particolare se avvalorate dall'intento adeguatamente comprovato (si pensi alla definizione di un accordo di rateizzazione concordato con l'Amministrazione finanziaria) di provvedere comunque al soddisfacimento dell'obbligazione tributaria, presentano un disvalore difficilmente percepibile dal tessuto sociale e di dubbia conformità alla logica di proporzionalità dello stesso sistema sanzionatorio⁴⁸.

Proporzionata è, infatti, una sanzione idonea e necessaria a conseguire lo scopo voluto, senza superare i limiti di quanto indispensabile per attuarla; pertanto, qualora sia possibile una scelta tra più misure ugualmente appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa in modo da garantire che gli effetti della sanzione che si ripercuotono sull'agente non siano sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti⁴⁹.

⁴⁷ Per ampi rilievi critici sul punto, v. G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, n. 10/2015, p. 1156, il quale sottolinea puntualmente che "l'omesso versamento delle imposte per una sopravvenuta crisi di liquidità dell'imprenditore può invero scaturire da una molteplicità di fattori quali, ad esempio, gli errori di strategia imprenditoriale, la carenza di innovazione, il decadimento dei prodotti, gli errori di marketing, l'inefficienza produttiva, l'assenza di pianificazione a medio e lungo termine, la crisi macroeconomica, l'inadempimento dei debitori, i mancati rimborsi e/o pagamenti da parte degli enti pubblici, il pagamento privilegiato delle retribuzioni dei lavoratori ecc. [...]".

⁴⁸ Per una interessante ricostruzione del principio di proporzionalità delle limitazioni dei diritti fondamentali inteso in termini di mezzo per assicurare un controllo più incisivo sulla legittimità costituzionale delle scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore rispetto a quanto accade ad oggi sulla scorta dei principi di offensività ed ultima ratio, si veda N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, Scelte di criminalizzazione ed ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

⁴⁹ In osservanza del diritto UE possono essere adottate sanzioni non solo effettive e dissuasive, ma anche proporzionate. Tali sanzioni devono essere quindi adeguate e necessarie per conseguire lo scopo voluto, senza tuttavia superare i limiti di quanto indispensabile per attuarle. *Ex multis*, cfr. Corte di giustizia, Sez. VI, sent.

Come è noto, infatti, gli Stati membri, competenti a scegliere le sanzioni appropriate, devono esercitare la loro azione nell'osservanza del diritto dell'Unione e dei suoi principi generali e, in particolare, alla luce del principio di proporzionalità. Detto principio rappresenta un limite al potere sanzionatorio nella misura in cui risulta teso ad evitare sproporzioni ed incoerenze del sistema. Le sanzioni, pertanto, come evidenziato, non devono mai eccedere quanto necessario al fine di garantire l'esatta riscossione dell'imposta ed evitare la frode. Per valutare la coerenza di un impianto sanzionatorio al principio di proporzionalità, occorrerà considerare, in particolare, la natura e la gravità dell'infrazione, nonché le modalità di determinazione dell'importo della sanzione stessa⁵⁰.

Orbene, l'analisi del principio di proporzionalità si inquadra in ambito nazionale nella definizione del corretto bilanciamento, alla luce del principio di offensività, fra principi di tutela del contribuente – autore dell'illecito tributario – e l'interesse fiscale a cui garanzia si pone la normativa sanzionatoria tributaria⁵¹.

In questa direzione si manifesta la portata sistematica del richiamato principio, che interessa tanto l'entità della sanzione irrogata quanto le garanzie procedurali che vanno riconosciute al contribuente⁵², desumibile, sebbene a seconda dell'ambito, armonizzato o meno, ne risulti diverso il perimetro di osservazione, dai più recenti orientamenti della

23 gennaio 1997, causa C-29/95, *Eckehard Pastoors e Trans-Cap GmbH c. Belgio*, EU:C:1997:28, § 24; Cfr. Corte di giustizia, sent. 25 febbraio 1988, causa C-299/86, *Rainer Drexler*, EU:C:1988:103, § 18.

Diffusamente in tema, v. S. Bolis, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di un'esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Sistema penale*, n. 3/2021, il quale fra l'altro evidenzia che "Il delitto di omesso versamento di IVA presidia l'efficacia della riscossione di un tributo di rilevanza europea per cui si rende necessario applicare l'autonoma nozione di forza maggiore elaborata dalla CGUE che – a differenza di quella interna definibile come *vis maior cui resisti non potest* – scrimina anche la condotta dell'agente a cui residua una discrezionalità nell'azione che però comporta sacrifici eccessivi". Quest'ultimo profilo ricostruttivo seppur senza dubbio apprezzabile sconta tuttavia delle innegabili difficoltà connesse ad un sicuro inquadramento dogmatico, già sotto il profilo domestico, della esimente della forza maggiore. Cfr. paragrafo 3.

⁵⁰ Sul punto si vedano, in particolare, le sentenze CGUE: 7 dicembre 2000, *de Andrade*, C-213/99; 6 febbraio 2014, *Fatorie*, C-424/12; 26 aprile 2017, *Tibor Farkas*, C-564/15; 15 aprile 2021, *Grupa Warzywn*; 8 maggio 2008, *Ecotrade*, C-95/07 e C-96/07; 20 giugno 2013, *Rodopi-M 91*; 12 luglio 2001, *Paraskevas*, C-262/99.

⁵¹ Diffusamente in tema, v. G. Melis, *Gli interessi tutelati*, in Giovannini (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, Milano, 2016, 1294 e ss.

⁵² In argomento senza pretese di completezza, v. F. Montanari, *La dimensione multilivello delle sanzioni tributarie e le diverse declinazioni del principio di offensività - proporzione*, in *Riv.dir.trib.*, n. 1/2017, p. 472; R. Alfano, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente. Limiti, garanzie europee e dialogo fra le Corti nell'applicazione multilivello*, Napoli, 2020. Con particolare riguardo alle applicazioni del principio di proporzionalità in materia di imposte armonizzate, si veda A. Mondini, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva Europea*, Pisa, 2012.

Corte di Giustizia⁵³.

Ciò posto, non è per nulla convincente l'interpretazione estremamente rigida, salvo qualche apprezzabile apertura, che la giurisprudenza di legittimità ancora oggi mantiene relativamente ai delitti omissivi tributari in oggetto, sulla scorta della quale il rispetto dei contenuti dell'obbligazione d'imposta deve essere assicurato sempre e comunque anche quando questo viene a determinare una eccessiva compromissione di altri valori ed interessi quali la continuità aziendale o il diritto dei lavoratori a percepire lo stipendio.

Pur considerando le storture sistematiche che caratterizzano l'impianto degli illeciti in oggetto tanto profonde ed evidenti da giustificare la proposizione della questione di costituzionalità e/o di revisione legislativa, è opportuno, dunque, che il giudice valuti attentamente il profilo della colpevolezza, inteso nell'accezione seguita nella presente trattazione, in termini di valutazione dell'agire in base alla rimproverabilità dell'autore, non riconoscendolo quando la tutela del credito erariale, pur in concreto possibile, andrebbe a determinare una eccessiva compressione di altri ugualmente rilevanti interessi e valori.

Nell'ottica esclusiva di garantire una piena e puntuale valutazione nel senso esposto, è, pertanto, quanto mai opportuno il richiamo alla proporzione⁵⁴ che è tipicamente alla base del giudizio di bilanciamento fra diritti, interessi, valori che prepotentemente caratterizzano l'applicazione della normativa penale tributaria.

Quale modulo di sintesi delle diverse istanze garantistiche, le valutazioni in termini di

⁵³ Cfr. Corte di Giustizia, Grande sezione, 3 marzo 2020, C-482/18, *Google*, in *Riv. dir. trib.*, annotata da A. Albano, *La compatibilità europea degli orientamenti sanzionatori nazionali alla luce del principio di proporzionalità: profili sistematici*.

⁵⁴ In tema, diffusamente, v. G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018, il quale rileva che il principio di proporzionalità non trova in Italia un espresso riconoscimento costituzionale pur essendo spesso agganciato al principio di colpevolezza ed alla prescrizione rieducativa, osserva che il giudizio di proporzionalità si rivolge altresì al giudice nell'applicazione della norma penale.

Oltre al profilo riguardante la determinazione dell'entità (ossia della *misura*, ma anche della *tipologia*) della sanzione il principio di proporzionalità incide sulla materia penalistica anche riguardo al fondamentale aspetto relativo alla *selezione dei fatti illeciti* alla luce degli interessi tutelati (specialmente laddove sia implicata una limitazione nell'esercizio di diritti fondamentali). Ampiamente in argomento, v., F. Mazzacava, *Il Principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *La legislazione penale*, 2020. L'ambito del principio in parola, è, dunque, ben più esteso rispetto a quello dell'adeguatezza della pena, attestandosi come canone fondamentale per la stessa giustificazione del diritto penale. Così, V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. Garofoli e T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2013*, a cura, Roma 2013, 104, ad avviso del quale l'istanza di proporzionalità della punizione è soltanto una delle proiezioni del principio, atteso che "l'idea-limite che lo anima ne coltiva le prestazioni in un ambito sovraordinato e ben più esteso rispetto a quello dell'adeguatezza della pena, attestandolo come canone fondamentale per la stessa giustificazione del diritto penale".

colpevolezza, nella lettura e nell'applicazione degli articoli 10-ter e 10-bis, purché rispettose della loro corretta collocazione dogmatica, hanno, infatti, l'indubbio pregio di recuperare la logica di un'azione punitiva che assicuri la persistenza e la vitalità dell'impresa da intendersi come valore generale da tutelare⁵⁵. Esse, tuttavia, scontano un deficit non di poco conto in termini di *prevedibilità* dell'incriminazione da parte dei soggetti destinatari considerando la difficoltà dell'interprete nel definire i limiti della punibilità o meno nelle ipotesi considerate.

A questo riguardo, è noto che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è consolidata nel ritenere che il principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU si fonda sull'equiparazione tra il diritto di fonte legislativa e quello di creazione giurisprudenziale, sempre che in entrambe le ipotesi, vengano garantite le componenti qualitative della legalità, integrate dall'accessibilità al precetto (*accessibility*) e dalla prevedibilità delle conseguenze giuridiche discendenti dalla propria condotta (*foreseeability*)⁵⁶. Nell'ottica della CEDU, infatti, si predilige una concezione della legalità penale tesa a valorizzare l'accessibilità e prevedibilità delle norme indipendentemente dalla legalità-fonte. Da tanto discende che il principio di legalità penale considerato in una logica Europea amplia la tutela della libertà individuale quale autodeterminazione, andando a ricomprendere nella preventiva conoscibilità del rischio penale anche la prevedibilità degli orientamenti della giurisprudenza in merito al reato configurabile ed al relativo trattamento punitivo.

Per gli imprenditori che omettano il versamento delle ritenute certificate o dovute e/o dell'IVA a causa di una improvvisa e grave crisi di finanziaria, non risulterebbe, dunque, garantita la prevedibilità nell'accezione considerata, in quanto il reo verserebbe in dubbio sul carattere criminoso del proprio comportamento poiché la sua affermazione di

⁵⁵ Il codice della insolvenza e della crisi di impresa (d.lgs. n. 14/2019) considera la sopravvivenza dell'impresa come valore socio-economico da tutelare nel massimo livello possibile, nell'interesse stesso della comunità sociale, delineando un percorso finalizzato, ove possibile, al pieno recupero delle rimanenti potenzialità dell'impresa in crisi.

⁵⁶ Sul punto, senza pretese di completezza, si vedano: F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir.pen.proc.*, 2015, p. 1523 ss.; V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 74 ss.; V. Manes, *Commento all'art. 7, § 1, Cedu*, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 278 ss.; M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale*, Torino, 2018, p. 139 ss.; A. Santangelo, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 332 ss.

responsabilità penale risulterebbe collegata ad interpretazioni eccessivamente discrezionali ed imprevedibili.

In conclusione, a fronte di approdi giurisprudenziali che garantiscono esclusivamente la riscossione dei tributi e che risultano sproporzionatamente aggressivi, si sono valutate ipotesi ricostruttive alternative che, pur perseguendo la meritoria finalità di pervenire a soluzioni più eque, necessariamente richiedono l'apprezzamento di come il conflitto di doveri sia stato *vissuto* nel caso concreto con conseguente evidente impatto in termini di uniformità di trattamento e di prevedibilità.

Risulta, pertanto, quanto mai avvertita l'esigenza di un intervento del legislatore volto a ripristinare anche per le fattispecie di omesso versamento la finalità fraudolenta, recuperando, così, omogeneità e coerenza rispetto all'impianto di fondo che caratterizza la disciplina contenuta nel d.lgs n. 74/2000.

Abstract: Il saggio si incentra sui limiti della punibilità delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs n. 74/2000, nelle ipotesi in cui il contribuente versi in una impossibilità non solo assoluta ma anche meramente relativa di adempiere ai propri obblighi di imposta. In merito, si è riscontrata una eccessiva discrezionalità dell'interprete di dubbia coerenza con il principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU.

Abstract: The paper concerns the limits of the punishment of the incriminating cases referred to in articles 10-*bis* and 10-*ter* d.lgs. no. 74/2000, in the hypothesis in which the taxpayer finds it impossible not only absolute but also merely relative to fulfill his tax obligations. In this regard, there was an excessive discretion of the interpreter of dubious compliance with the principle of conventional legality according to the article 7 CEDU.

Parole chiave: punibilità – prevedibilità – omesso versamento – ritenute – IVA.

Key words: punishment – foreseeability – failure to pay – withholding tax – VAT.

RINNOVARE I CANALI OSTRUITI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA E DELLA DEMOCRAZIA.

di Salvatore Prisco^{**}

Sommario. 1. Premessa: i giuspubblicisti tra esame della contingenza ed esigenze sistematiche. – 2. Sviluppo e crisi della rappresentanza politica. Le ragioni dell'ascesa e quelle del declino. – 3. Le ricadute istituzionali delle trasformazioni del contesto storico-sociale: l'istanza partecipativa tra rifiuto o integrazione della rappresentanza politica. – 4. La verifica del panorama sopra tracciato in alcune recenti riflessioni monografiche. 5. – Per riepilogare e concludere, tornando all'interrogativo iniziale. – a) Forma di governo e sistema politico: lavori in corso. – b) La partecipazione a mezzo di click: è tutto oro quello che luce? – c) corpi intermedi, nuovi fori partecipativi e partiti: riaprire e oliare i canali di comunicazione.

1. Premessa: i giuspubblicisti tra esame della contingenza ed esigenze sistematiche.

“Che cosa fanno i giuristi di diritto pubblico? Prendono una situazione di fatto, cioè storica [...] come fosse cristallizzata, la traducono in concetti, la esprimono in termini di sistema. Debbono fare così, è necessario che facciano così. Il loro stesso lavoro serve per la sua parte a dare consistenza allo Stato, e consapevolezza alle stesse forze che presiedono alla formazione e alla manutenzione, se è così lecito dire, dello Stato. E perciò c'è in questi giuristi necessariamente una adesione, una accettazione dei fatti e delle forze, una accettazione della formula politica dello Stato, dell'assetto attuale pro tempore con cui lo Stato si regge. Questa accettazione è la condizione tecnica del lavoro tecnico del giurista. Accettando, il giurista di diritto pubblico obbedisce, si voglia o no, all'imperativo richiamo

^{**} Già Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”. L'Autore ha insegnato *Istituzioni di diritto pubblico*, *Diritto pubblico comparato* e *Diritto e Letteratura* nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università “Federico II” di Napoli. Questo contributo appare anche negli *Scritti in onore* di un caro amico e collega, la cui identità non può essere qui svelata per non rovinare la sorpresa che i promotori dell'iniziativa desiderano fargli, offrendogli il volume che al momento lui ignora essere in preparazione. Ne ha discusso temi e soluzioni (rimanendo ovviamente l'unico responsabile degli svolgimenti, pur nel ringraziamento per le loro osservazioni) con Fulvia Abbondante, Sara Lieto, Stefania Parisi e Antonino Scalone.

della realtà cioè delle forze politiche. E questo è il delicato, terribilmente delicato lavoro della scienza del diritto pubblico: accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile”¹.

Aggiunge, in termini sostanzialmente non dissimili sul piano del concetto, un altro finissimo giurista: “la scienza del diritto costituzionale deve, dunque, sottoporre il fatto ad un’indagine sistematica per trarne delle norme (...) la funzione più alta e più piena di responsabilità della scienza [...] ricostituisce giuridicamente la natura *iuxta propria principia*; fa della alta giurisprudenza, della giurisprudenza costruttiva; e tutto ciò in modestia, avendo coscienza di non formulare verità eterne o principi universali, e che anzi i frutti del suo paziente lavoro hanno vita breve, sono destinati a cadere con il mutare della struttura sociale o delle forze politiche”².

Chi scrive aveva appreso, già molto giovane, l’insegnamento che si può ricavare da queste parole dal proprio Maestro Gianni Ferrara (a sua volta allievo e poi amico del secondo), studiandone “Il governo di coalizione”: un libro che era la sistemazione teorica di quanto in quegli anni si stava vivendo nel centrosinistra italiano e nel dialogo della sinistra parlamentare, ossia tra quella parte di essa collocata a sostegno dei gabinetti e quella che si situava all’opposizione rispetto ad essi. Dobbiamo, quando facciamo scienza giuridica, evitare le corrività insidiose della cronaca politica e avere dunque uno sguardo *di lungo periodo*, ma siamo comunque *uomini situati* e negarlo a noi stessi e agli altri non giova all’onestà intellettuale che dobbiamo invece mantenere.

L’Autore che si è richiamato da ultimo lo ha argomentato mirabilmente in più luoghi ed in effetti tutta la sua opera può essere intesa come una lunga e profonda variazione sul tema della storicità delle forme giuridiche (“la storia del diritto come storia della civilizzazione umana, a questa coeva e di questa prova irrefutabile e necessaria”), sulla scorta dell’amato Arcoleo, cui si deve la formula secondo la quale “il diritto è storia e sistema”, ma qui mi piace riportare un pensiero tratto dal medesimo saggio, che sul rapporto del diritto con la storia è espressamente focalizzato fin dal titolo, come *incipit* del discorso che si svolgerà di seguito: “via via (dopo l’età feudale, n. d. r.) che mutavano i rapporti economici, via via che la ricchezza si andava distribuendo sul territorio dei regni in modo più diffuso, alla partecipazione diretta dei detentori della ricchezza consolidata furono aggiunti i

¹ G. Capograssi, *Il problema di Vittorio Emanuele Orlando* (1953), ora in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 359 ss. (per la citazione, p. 374)

² G. Guarino, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 269 e 273.

rappresentanti delle contee, dei borghi, dei porti, delle città, scelti dai detentori della ricchezza nei borghi, nei porti, nelle città. Nacque così la rappresentanza di diritto pubblico”³.

2. Sviluppo e crisi della rappresentanza politica. Le ragioni dell’ascesa e quelle del declino.

Facciamo ora un (assai lungo) passo indietro. Quella di rappresentanza politica, com’è noto, è un’idea che non nacque con l’origine greca della democrazia, ossia nell’Atene periclea del quinto secolo avanti Cristo, perché le decisioni sulla vita collettiva erano qui assunte direttamente in piazza, sia pure da un numero ristretto di membri della comunità (e salva inoltre l’ipotesi che per talune cariche l’individuazione dei preposti fosse lasciata alla sorte): non potevano dirsi cittadini tutti quelli che vivevano nella *pólis* – non gli schiavi, non le donne – e non potevano comunque avere certezza di restare tali stabilmente nemmeno quelli che inizialmente lo fossero stati, né si dava decisione collettiva, fosse essa elettiva o lasciata alla sorte, proprio su ogni questione di rilievo, essendo in certi casi indispensabile il possesso di particolari competenze tecniche⁴.

Nemmeno può dirsi che, nell’Occidente medievale e fino alla Rivoluzione francese – periodo in cui la nozione ha una fondazione teologica, essendo il sovrano appunto il rappresentante di Dio in terra⁵ – la rappresentanza degli interessi sovraindividuali fosse

³ G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; Id., *Il diritto come Storia*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/ 2005, 1 ss. (I) (per le citt., rispettivamente, 3 e 17).

⁴ Sul punto, esemplarmente, A. Morelli, *Le trasformazioni del principio democratico*, a cura di L. Ventura e dello stesso, Milano, 2015, 87 ss. (per il punto, 90 ss.) Sulla pratica del sorteggio ad Atene, si leggano *ex plurimis* B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, trad. it., Bologna, 2010, p. 11 ss. e oggi, da noi, P. Costa, *La democrazia e la sorte. Appunti giuridici intorno a un dibattito in corso*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, p. 199 ss. e M. Mandato, *Il sorteggio come metodo di decisione. Principi e fattispecie*, in *Nomos*, n. 3/2019, rammentando anche casi attuali di composizione in tal modo di commissioni tecniche, ad esempio nei concorsi universitari e alcune proposte di riformare la Costituzione quanto alla provvista dei membri togati del Consiglio Superiore della Magistratura. Sulle variegate esperienze medievali in proposito, caratterizzate da un concetto di cittadinanza che non si estendeva a tutta la popolazione del territorio e non corrispondeva più in generale al nostro, ma in cui l’estrazione a sorte delle cariche pubbliche era comunque dettata dall’esigenza di dare luogo a pratiche deflative della conflittualità e la frequente motivazione “antimagnatizia” della misura alla presenza di una sensibilità che ricorda istanze populistiche attuali, L. Tanzini, *Il fantasma della rappresentanza: sorteggio e rotazione delle cariche nelle città comunali (secc. XIII-XIV)*, in S. Menzinger (a cura di) *Cittadinanze medievali: Dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Roma, 2017, p. 145 ss.

⁵ Rinvio su questo (e in generale sulla costruzione storico-teorica del concetto) a M. Dogliani, *La rappresentanza politica come rappresentanza del valore di uno Stato concreto*, in *Scritti in onore di Gaetano*

assimilabile all'istituto poi emerso nell'ambito giuspubblicistico dopo la controversia sui mandati degli stati all'origine di tale evento, per il carattere tendenzialmente vincolato delle istruzioni che si affidavano a quanti – in nome di comunità a base territoriale, di fede, o di mestiere – venivano all'epoca incaricati di sottoporre istanze e suppliche (nell'esperienza francese raccolte in *cahiers de doléances*) alle persone dei sovrani: soggetti – questi – dotati sì di una riconoscibile individualità, ossia persone fisiche prima che entità giuridiche, ma al tempo stesso concentrazioni di un potere simbolico che ne trascendeva l'esistenza individuale (*Le Roi est mort, vive le Roi*), da cui *i due corpi del Re*, sicché il sovrano era “gemina persona”⁶.

In effetti, la logica prerivoluzionaria del mandato che oggi (ma non allora) diremmo *politico* valorizza la posizione del mandante e quindi utilizza per la costruzione dell'istituto ancora il diritto privato, mentre quella postrivoluzionaria mette piuttosto al centro il ruolo del mandatario e la sua indipendenza nella fase della decisione assembleare. V'è anche però – bisogna pur dirlo – chi recupera invece anche all'interno del rapporto politico la radice romanistica della cooperazione nello svolgersi effettivo dell'istituto, che è caratterizzato da una sostituzione tra soggetti nell'espressione esterna di una volontà⁷,

Silvestri, 2016, I, p. 888 ss. e, in precedenza, a I. Massa Pinto, *L'indissolubilità del nesso partiti - democrazia*, in *Spaziofilosofico*, n. 3/2013, p. 441 ss.; L. Buffoni, *Appunti per una semantica della rappresentanza politica. Note 'libere' dall'incontro sassarese su «La rappresentanza nel diritto pubblico»*, in *Diritto@Storia*, n. 12/2014.

⁶ Gemina persona. *Un'ipotesi giuspubblicistica intorno alla crisi del soggetto politico*, Milano, 2015, riprendendo e sviluppando l'immagine virgolettata nel testo, come noto di E. H. Kantorowicz, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it., Torino, 1989. In ordine alla ricostruzione storica del fondamento del problema della rappresentanza politica, che si pone come irreversibile nei grandi aggregati della modernità e palesa a lungo accenti qualitativi in ordine alla necessità della *scelta dei migliori* per le assemblee elettive, dopo che nell'età premoderna non si distingueva tra rappresentanza privatistica e pubblicistica, per il carattere in realtà non politico dei primi Parlamenti, nonché sulle trasformazioni della teoria del mandato politico, da vincolato a libero e ancora sul contrasto nell'ambito statunitense tra la teoria rappresentativistica madisoniana, che riprende in questo il Burke del *Discorso agli elettori di Bristol* e quella partecipazionistica cui si ispiravano le assemblee del New England, nonché sul rapporto tra queste ricostruzioni e la teoria francese di Sieyès, tradotta nell'art. 7 della Costituzione del 1791, a tenore del quale «I rappresentanti eletti nei dipartimenti non saranno rappresentanti di un dipartimento particolare, ma della nazione intera, e non potrà essere conferito loro alcun mandato», si veda la chiara ed efficace sintesi di F. Lanchester, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, p. 196 ss.

⁷ G. Lobrano e P. P. Onida, *Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo*, in *Diritto@Storia*, n. 14/2016. Sulle origini romanistiche dell'idea di rappresentanza, poi utilizzata nella modernità, passando da *sociale* a *politica*, si veda R. Pezzimenti, *Storia e ragioni dell'idea di rappresentanza*, in *Opinioni*, n. 3/2018, p. 10 ss. Sulla centralità della nozione e dell'articolazione della rappresentanza politica rispetto alla pensabilità stessa del diritto costituzionale, in un rapporto di parte a tutto, perché il problema essenziale è come dare forma giuridica al *politico*, fondamentale I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/ 2017.

valorizzando così una ricostruzione che non polarizza tra due modelli estremi di funzionamento la relazione tra le due parti, in modo da non reciderne i nessi nel suo divenire dinamico, come modernamente (e quanto al diritto privato) fa appunto la concezione di Schlossmann, ripresa e raffinata presso di noi da Pugliatti⁸.

Com'è stato, insomma, efficacemente e in sintesi scritto: “il concetto di rappresentanza [...] reca in sé il riferimento sia alla situazione rappresentativa che al rapporto tra rappresentante e rappresentato, esso implica un equilibrio tra l'autonomia e, quindi, la libertà della determinazione volitiva del rappresentante, da un lato, ed il vincolo che lo lega al rappresentato e lo rende responsabile verso quest'ultimo, dall'altro” aggiungendosi subito dopo, con lucido realismo, che [m]olto può dipendere dall'idea che ci si sia fatti di democrazia. Se, da un lato, può intendersi per democrazia quell'utopica coincidenza di governanti e governati (si è liberi solo quando si ubbidisce a se stessi, secondo la formula di Rousseau) o quell'impossibile *démocratie gouvernante* (così bene individuata da Burdeau), in cui ciascun cittadino ‘non è presente nella sua datità maturata come uomo singolo, ma come cittadino, come *citoyen*’ (Schmitt), in rappresentanza della superiore unità politica, essa può concepirsi, dall'altro, come semplice democrazia d'investitura, in cui il popolo è semplicemente la fonte del potere, spogliandosene nel momento in cui l'affida a chi dovrà governare e che, a sua volta, dovrà rappresentare l'unità politica del popolo”⁹.

Questa è del resto una lezione antica. Com'è stato infatti osservato “lo stato moderno, nel compiersi, accomuna democrazia e rappresentanza. Le identifica? È da accertare. Quel che si può già dedurre è che la democrazia della modernità è la democrazia rappresentativa. Appare certo, intanto, che la questione della democrazia è, in realtà, quella stessa del suo essere rappresentativa, come forma e come intensità. È quindi quella della rappresentanza la questione prioritaria da affrontare per trattare il tema della democrazia. Ed è quanto dire che la democrazia è la rappresentanza”¹⁰.

Dunque, tirando le fila di questi accenni: una democrazia come possibilità di decisione *di tutti su tutto*, in ordine a quanto sia rilevante negli affari pubblici, non è mai davvero esistita e non è realisticamente immaginabile. Non vi fu nell'antica Grecia ad Atene, perché i *tutti*

⁸ S. Favaro, *La teoria della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico: la teoria della rappresentanza di Salvatore Pugliatti*, in *Timor*, n. 2/2011, p. 4 ss.

⁹ D. Nocilla, *La rappresentanza politica*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2005, p. 2.

¹⁰ G. Ferrara, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2005.

presenti nell'*agorà* erano comunque i *pochi* rispetto al corpo dei soggetti effettivamente viventi nell'area controllata dalla città e dal momento che anche in piazza non era in ognuno identicamente distribuita la capacità di primeggiare nel discorso pubblico (quella fu del resto anche la terra in cui si sviluppò in seguito l'arte della retorica, come insegnamento dell'abilità necessaria ad imporsi in pubblico agli altri attraverso il discorso persuasivo), né del resto davvero tutte le cariche pubbliche erano elettive. Tantomeno questo accadde a Roma e a maggiore ragione simile pretesa divenne di impossibile realizzazione quando si formarono i grandi Stati europei (la vita brevissima e la repressione nel maggio 1871 della Comune parigina ne restituiscono *a contrario* la prova¹¹) e non si dà effettivamente nemmeno oggi, benché si ritenga da molti di poterlo ottenere attraverso la telematica (ma, su questo, si continui a leggere oltre).

Si può e si deve ragionare piuttosto sull'*estensione* e la *qualità* della rappresentanza politica – la cui imprescindibilità moderna e contemporanea è stata fin troppo dimostrata da una letteratura amplissima, da Constant, a Kelsen, a Manin, solo per citare (tra i moltissimi) tre studiosi del problema di epoca diversa, che sottolineano tutti questo inestricabile nodo, come si è ancora di recente ribadito con efficacia¹² – non essendo il caso di attardarsi ancora sul punto. Occorre cioè e semmai indagare l'effettiva *rappresentatività della rappresentanza*¹³.

¹¹ Sulla meteora di quell'esperienza, con i tentativi di riproporre la democrazia diretta e la sua fine tragica, tra i molti e di recente, A. Badiou, *La Comune di Parigi*, trad. it., Napoli, 2004; I. Cervelli, *Le origini della Comune. Una cronaca (31 ottobre 1870 - 18 marzo 1871)*, Roma, 2016; L. Caruso, *La Comune di Parigi, il pensiero politico di Marx e il presente*, introduzione a K. Marx, *La guerra civile in Francia del 1870 - 1871*, a cura dello stesso, trad. it., Milano, 2020.

¹² A. Morelli, *Le trasformazioni*, cit., p. 95 ss. Sostanzialmente analogo nel titolo e nelle problematiche il volume degli Atti del convegno internazionale salernitano del 2014, *Trasformazioni della democrazia*, a cura di L. Bazzicalupo, V. Giordano, F. Mancuso e G. Preterossi, Milano – Udine, 2016, i cui ricchi contenuti non possono essere riassunti e discussi in una nota. Ci si limita ad osservare che anche da queste pagine viene ribadito della democrazia occidentale la rappresentanza (e la sua effettiva e soddisfacente funzionalità) è il cuore, come assume la citazione di Ferrara riportata nel testo e a rinviare, tra i molti contributi, tutti di pregio, specialmente a quello di G. Bisogni, *Metamorfosi e crisi della democrazia? Una lezione dalla Storia*, ivi, p. 145 ss., che più degli altri si confronta con l'orizzonte giuridico del costituzionalismo e con le letture che di esso fanno Maestri della disciplina.

¹³ Per esami critici recenti, riepilogativi anche dell'evoluzione storica dell'istituto, con specifico riguardo ai nostri classici ottocenteschi, si leggano A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali dell'esercizio del potere*, Napoli, 1998, p. 17 ss.; C. Cerutti, *La rappresentanza politica nei gruppi del Parlamento europeo. Il divieto di mandato imperativo*, Padova, 2017, p. 7 ss.; S. Cassese, *Rappresentanza: evoluzioni di una parola*, in P. Adamo, A. Chiavistelli e P. Soddu (a cura di), *Forme e metamorfosi della rappresentanza politica 1848 1948 1968*, Torino, 2019, XI ss. e inoltre – con pagine antologiche della dottrina giuridica liberale ottocentesca – *Il popolo e i suoi rappresentanti*, a cura dell'Autore citato da ultimo, Roma 2019.

In sostanza, la rappresentanza politica appartiene all'ordine concettuale delle *fictiones*¹⁴ (nello specifico: “rendere presente il popolo nelle sedi elettive *come se lo fosse davvero*”), non discusse finché funzionali allo scopo (che è quello di legittimare e perciò rendere accettabili ai più le *altrui* decisioni), ossia se efficaci a raggiungere l'obiettivo cui sono preordinate, perché altrimenti nella sensibilità popolare vengono corrose dalla critica e infine sostituite da altre più idonee¹⁵.

Ciò posto, l'âge d'or del parlamentarismo liberale, al di là della sua interessata descrizione come un modello idealizzato e perciò storicamente decontestualizzato e da ritenere valido per ogni luogo ed epoca storica, è stata – come noto – quella in cui prima la coesistenza conflittuale dell'ascesa borghese coi poteri del sovrano e quindi la tendenziale, progressiva riduzione del secondo a figura solo simbolica, in un contesto di omogeneità culturale e religiosa e di espansione economica, nonché in un mondo nel quale le potenze politiche europee avevano il primato, si è tradotta nella costruzione di istituzioni rappresentative forti, ancorché selezionate per censo e dunque non inclusive (ma la borghesia, ricorda Marx, era allora la “classe generale”)¹⁶.

Il passaggio ricordato fu guidato e perciò anche ammortizzato, nei suoi conflitti e urti, dalla funzione decisiva che nell'ambito macro-territoriale degli Stati nazionali ebbero associazioni di soggetti (allora solo di sesso maschile e almeno benestanti, come detto, o assimilati ai predetti da una riconosciuta eccellenza scientifica o in altri campi) politicamente attivi, ossia i partiti. Essi hanno peraltro conosciuto nel tempo una trasformazione per adattarsi a quelle del contesto che li esprimeva, trascorrendo da un

¹⁴ In tale direzione si muovono giuristi e storici che nell'età weimariana furono critici del modello ricostruttivo dominante della democrazia rappresentativa: si veda ad es. (ma non fu certo il solo) G. Leibholz, *L'essenza della rappresentazione*, in Id., *La rappresentazione nella democrazia*, trad. it., Milano, 1989, p. 53 ss., sul quale D. Regazzoni, *Gerhard Leibholz e i «mutamenti strutturali» della rappresentanza politica. Per una rilettura di «Der Gestaltwandel der modernen Demokratie»*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, n. 1/2012, p. 179 ss.; sull'idea di rappresentanza come *fictio* si veda anche Y. Thomas, *Fictio legis*, trad. it., Macerata, 2017, anche nella recensione di A. Scalone, *La potenza del diritto e il principio rappresentativo*, in *Quad. fior. per la storia del pensiero giuridico*, n. 46/2017, t. II, 1015 e spec. p. 1018 ss.; per la ricostruzione di una nota polemica dell'Autore indagato con Hans Kelsen, R. Miccù, *Teoria delle finzioni giuridiche e koinè ermeneutica: diritto e realtà nella metodologia di Josef Esser*, in *RIHJ*, n. 13/2015, p. 197 ss. e spec. p. 208 ss. e in generale F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della Fictio Iuris*, Padova, 1979; E. Olivito, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2013; infine, in chiave storiografica, P. Costa, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in *Il Filangieri*, n. 3/2004, p. 329 ss.; A. Albertone, *Le ragioni della rappresentanza politica. Una prospettiva storica*, in *Teoria Politica, Annali X*, 2020, p. 129 ss.

¹⁵ Così in sostanza anche S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, 2011, p. 33 ss., studio si tornerà anche oltre.

¹⁶ Significative le riflessioni in proposito di P. Ridola, *Le trasformazioni della rappresentanza politica*, in Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, p. 63 ss.

primo modo di manifestarsi come agili attori di una dialettica d'*élite*, vissuta entro salotti e *club* di dibattito ideale da individui maschi, bianchi, borghesi, perlopiù cittadini e selezionati in base alle loro sostanze (il che faceva presumere che fossero interessati al buon governo degli affari pubblici), a più solide – ma altresì più lente a reagire – formazioni di massa.

In tale modo è stata assicurata la necessaria funzione di integrazione e poi di partecipazione attiva del popolo, inteso quale concetto giuridico e assieme come coacervo sociale non indistinto, ma appunto da loro organizzato e divenuto in concreto via via *plurale*, fino ad essere – ad evoluzione storica compiuta – socialmente del tutto inclusivo, ossia tale da non escludere alcun soggetto, per la raggiunta universalità del suffragio, nel passaggio dalle strutture dello Stato di diritto alla variante democratica (perché nell'origine storica il modello non era in effetti vero tale) connotata come *Stato sociale* avanzato, in ragione dell'allargamento progressivo della base sociale.

I partiti hanno insomma decisamente concorso a mutare la forma di Stato, caratterizzatasi dopo l'età liberale come un assetto in cui la forza delle istituzioni è stata piegata da mediatori pluriclasse a garantire anche diritti di prestazione, oltre a quelli di libertà di *prima generazione*, già non più elargizioni derivanti dalla benevolenza di sovrani saggi, con tratti di discontinuità tanto rispetto all'idealtipo dello Stato di diritto, quanto in riferimento al paternalismo del precedente *Stato di polizia*.

La crisi anche di questa ulteriore forma di Stato, vista dall'Europa a cinquant'anni dalla seconda guerra mondiale, è essenzialmente dipesa dalla scarsità di risorse impiegabili per alimentare un costoso *welfare*, perché la globalizzazione e la finanziarizzazione dell'economia le hanno spostate altrove nel mondo, nonché – e per conseguenza – dalla perdita della funzione di mediazione appunto di partiti lenti ad adeguarsi ai mutamenti.

Essi non hanno infatti potuto più svolgere con soddisfazione sufficiente dei rispettivi elettorati di riferimento (delle loro diverse *constituencies*, come dicono i sociologi politici, in sostanza delle basi sociali ed elettorali che in ciascuno si riconoscono tendenzialmente) il ruolo di tramiti alle assemblee elettive e di decisori e allocatori sostanziali di risorse economiche divenute ormai non più facilmente disponibili, perché (come si osservava) spostatesi altrove e per di più concentrate, va aggiunto, in poche mani.

In altri termini, la buona salute della rappresentanza politica nel contesto dell'Occidente è stata assicurata dall'essere strettamente connessa alla sua capacità di permettere al popolo

arricchimento e redistribuzione di benefici materiali e correlativamente ha mostrato crepe quando la cornucopia creduta inesauribile che ne consentiva la legittimazione sostanziale ha mostrato quanto tale presupposto materiale di un suo buon funzionamento fosse fragile¹⁷, ma anche di ciò si dirà meglio oltre.

Ne è seguito, a detta dei teorici della politica¹⁸, che “se fino a pochi decenni fa il nesso tra democrazia e rappresentanza appariva solidissimo (tanto da venire spesso presentato addirittura come imprescindibile), oggi, è al centro di un ampio processo di ripensamento dei suoi caratteri costitutivi”.

Qui va in verità fatta una precisazione: questo nesso *solidissimo* è divenuto tale solo dopo la sconfitta storica di una diversa visione, che contrapponeva al (da essa deprecato) frazionarsi dell'unità statale nel pluralismo dei partiti – tra i quali era dunque necessario un continuo compromesso nelle sedi in cui confluivano i loro rappresentanti elettivi, che perciò finivano per monopolizzarne, come si è sopra notato, la composizione – a quella di un'investitura popolare diretta dei governanti, nel senso di una democrazia che si risolveva in ultima analisi nella decisione eccezionale di un Capo, da assumere nella situazione concreta, nella quale una comunità che si (auto)pensava come caratterizzata identitariamente finiva per riconoscersi. In sintesi, il modello pluralistico kelseniano dell'organizzazione politico-istituzionale è risultato vincente su quello roussoviano, nella rilettura interessata fattane da Schmitt¹⁹. La suggestione del secondo – che procede dall'illusione della politica “immediata” – riemerge tuttavia ogni volta che il primo mostra appannamenti e momenti di crisi, come si vedrà continuando a leggere²⁰.

¹⁷ Sul nesso oppositivo tra affermazione dell'appartenenza della sovranità al popolo, formula di radice helleriana dell'art. 1 della nostra Carta costituzionale e sua concreta espropriazione in ragione della sovranità effettiva del mercato, dopo la stabilizzazione anche nei testi costituzionali di opzioni politico-economiche liberiste, è decisiva la riflessione di G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006.

¹⁸ Si veda ad esempio A. Campati, *Democrazia e rappresentanza politica. Un'alleanza sempre più incerta?*, in *Teoria Politica, Annali VIII* (2008), p. 385 ss. (la citazione è all'inizio).

¹⁹ P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 2; sulla “democrazia identitaria” in Schmitt, si veda anche perspicuamente A. Morelli, op. ult. cit., p. 99 ss.

²⁰ Sul punto, si vedano intanto – a mo' di premessa al discorso che si svilupperà oltre nel testo – le convincenti considerazioni di P. Carnevale, *I rischi dell'utopia della c. d. democrazia diretta*, in *Nomos*, n. 1/2020. Mette in guardia dal pensare il tema della rappresentanza (e della democrazia) per coppie dicotomiche, in cui l'un modo di intendere un concetto che in realtà ha ampia portata e spessore storico-ideale escluda l'altro, S. Staiano, *Rappresentanza*, Relazione al Convegno annuale AiC di Padova del 2016, nell'*Annuario degli Atti*, Padova, 2017 e in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 1 ss.

Come ha sostenuto²¹ il Maestro del diritto già richiamato in precedenza, che ora ci tocca rimpiangere per la dura realtà della necessariamente transitoria vita umana, ma al tempo stesso dobbiamo sempre *tenere presente*, è il caso di dire, in un insegnamento che invece resta (e per fortuna ci aiutano a farlo i suoi scritti sempre freschi): “la crisi della rappresentanza è la crisi della sua coerenza nel suo sviluppo. È nell’aver rivelato la sua vocazione a riprodurre esattamente i bisogni sociali nell’organo centrale dello stato e, con i bisogni sociali, la conflittualità che si determina tra essi nel momento stesso della loro emersione, conflittualità peraltro ricorrente appena l’ultima mediazione raggiunta rivela il suo esaurimento. Ed è anche la ragione della sua crisi nel saper confessare questa sua vocazione, mostrando però la sua inadeguatezza a risolvere i problemi del rapporto tra la democrazia che sarebbe chiamata a realizzare ed i vincoli esterni che derivano allo stato dai meccanismi del modo di produzione”.

In particolare, un altro autore – all’esito di una ricostruzione storica dei significati del lemma e dopo avere osservato che la rappresentanza politica istituisce un rapporto ternario tra elettorato ed eletti, perché l’anello di congiunzione tra queste due entità è costituito appunto dai partiti – sottolinea, riproponendo (ma criticamente) la classica *teoria delle élites*, come essi siano tuttora oligarchici²².

È un fatto che, a settant’anni dall’affresco monumentale di un grande politologo sensibile ai dati del diritto costituzionale e in origine infatti giurista (come del resto in Italia abbiamo avuto grandi costituzionalisti aperti nelle loro tassonomie alla sociologia e alla scienza della politica, ad esempio – uno per tutti – Leopoldo Elia), i partiti sono mutati e certo indeboliti nella loro funzione di mediazione, andata disperdendosi. Nell’aggiornamento della sua riflessione scritto a trent’anni di distanza per un’enciclopedia, l’autore che ora si sta richiamando conclude tuttavia con notazioni non pessimistiche in ordine alla loro vitalità²³.

²¹ G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1998, p. 20 ss. (per la cit., 56).

²² “Dal suffragio censitario e da quello capacitario all’universale, la rappresentanza è mutata strutturalmente ed ha perso la funzione di designazione di capacità (secondo la classica ricostruzione orlandiana, n. d. r.). Questa funzione è stata intestata ai partiti, ma dopo un secolo è emersa l’incapacità dei partiti di assicurare al proprio interno il rispetto del metodo democratico. Il fatto che essi, strumento della democrazia, non fossero, a loro volta, democratici, ha prodotto l’attuale situazione di crisi»: S. Cassese, *Op. cit.*, XVII; in argomento si veda anche F. Lanchester, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, a cura di S. Rogari, Firenze, 2006, p. 7 ss.

²³ “In Occidente si parla spesso del declino dei partiti politici [...]. Nessuno pensa che una democrazia possa funzionare senza partiti politici: in ogni caso, finora nessuno ha proposto un modello di democrazia che possa funzionare senza partiti politici. Che lo ‘spazio’ dei partiti nei paesi industriali vada diminuendo, che il dibattito fra loro si banalizzi, che riescano spesso a esprimere le principali tendenze in campo solo

Chi poi, a ulteriori trent'anni di distanza, è a sua volta reintervenuto, aggiornando la medesima voce, ha avuto modo di approfondire ulteriormente l'analisi di un fenomeno che inevitabilmente muta col cambiamento dei suoi presupposti economico-sociali²⁴.

Non è insomma corretto (*rectius*: è apocalittico) ritenere che “il tempo della democrazia dei partiti è ormai passato» e che si debba «governare il vuoto»²⁵ lasciato da questi peculiari corpi intermedi, anche se è indubbio che lo spazio della politica come orientata alla mediazione svolta dalla rappresentanza, che una volta era da essi monopolizzato, si è, nell'età della disintermediazione, riempito diversamente che in passato e viene conteso da altre forme di espressione della cittadinanza attiva. Darli tuttavia per morti è alquanto prematuro²⁶. Certo, il punto essenziale è che sia fatta salva la loro essenziale funzione²⁷ e

imperfettamente, sono tutti fatti che rispecchiano un indebolimento della democrazia più che un indebolimento dei partiti stessi; in realtà, l'una cosa non può essere separata dall'altra, poiché democrazia e partiti rappresentano le due facce della stessa medaglia”: M. Duverger, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1980, V, p. 254 ss. (la citazione a pag. 268).

²⁴ “Sia in Occidente, sia nel mondo postcomunista i partiti tendono a essere più leggeri, a non avere un elettorato stabile di riferimento e, anche per questo, a subire forti sbalzi della propria forza elettorale. In Occidente, però, si è pervenuti a questo stato di cose per gli effetti del crescente benessere sociale portato dall'affermarsi della società postindustriale, per il conseguente allargamento della classe media e la correlativa erosione delle differenze di classe, per la crisi delle fratture politiche tradizionali e l'emergere di istanze postmateriali legate a condizioni o problemi specifici (come, solo per fare degli esempi, ecologismo o femminismo) [...] La frammentazione della società civile da un lato, la globalizzazione dei conflitti dall'altro inducono a ritenere che i partiti tradizionali saranno sempre più surrogati da altre istituzioni di fatto, quali gruppi di interesse e associazioni di categoria, ovvero da movimenti che, per loro stessa natura, sono più portati a rappresentare istanze complessive. Sarebbe però un errore pensare per questo che il ruolo dei partiti si vada estinguendo: il passato recente dovrebbe rappresentare, in tal senso, una lezione [...]. In realtà, nella società globalizzata il conflitto, rispetto al passato, non si annulla né si generalizza, si articola solo in modo differente; e questa nuova articolazione passa anche attraverso istituzioni di diversi livelli (locale, nazionale, sovranazionale), dei quali i partiti restano funzione essenziale per rendere possibile, in un contesto divenuto più complesso, l'*accountability* e la *responsiveness* dei governanti verso i governati”: G. Quagliariello, stessa voce, ivi, XIII, suppl. III, Roma, 2004, p. 265 ss. (la citazione a pag. 275).

²⁵ P. Mair, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, trad. it., Soveria Mannelli, 2016.

²⁶ A. Mastropaolo, *Della problematica convivenza tra democrazia e partiti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013, dopo averne ricostruito la parabola storica, dalle origini e comparativamente, parla infatti soltanto di una loro profonda *ristrutturazione produttiva*, che F. Lanchester, op. ult. cit., 25, fotografa così: “il politico non è più esclusivamente statuale, ma spalmato su livelli differenziati e con una riduzione dell'incidenza del momento elettivo. Si aggiunge che la rappresentanza in campo politico perde importanza e vengono esaltati altri tipi di rappresentanza e in particolare quella istituzionale”.

²⁷ “Il grande rischio nella crisi del sistema democratico è dato proprio dalla scomparsa del partito, strumento di mediazione e di trasmissione delle attese, delle speranze e delle rivendicazioni di gruppi sociali e di precise categorie di cittadini. Una sorta di antenna estremamente sensibile e attenta, capace di guidare e di mettere in grado chi governa di rispondere a quelle richieste e a quelle attese. È evidente che se questi strumenti di mediazione vanno in crisi si crea fra governo e cittadini un vuoto pericoloso e allora la tendenza è che sia il popolo a salire direttamente sulla scena e a identificarsi in un capo creando le condizioni perché a quel punto gli unici strumenti di mediazione a disposizione siano i media. Con tutti i rischi che conosciamo o possiamo immaginare” (così Y. Mény e R. Cassigoli, *Crisi e futuro della democrazia: per una terza rivoluzione democratica*, Firenze, 2005, p. 38).

il problema vero è allora rivitalizzarla²⁸. Del come se ne parlerà nel paragrafo conclusivo.

3. Le ricadute istituzionali delle trasformazioni del contesto storico-sociale: l'istanza partecipativa tra rifiuto o integrazione della rappresentanza politica.

La sopra accennata condizione generale, favorevole alla felice operatività dei partiti, è ormai venuta meno.

Sul nostro modo di vivere nell'Occidente sviluppato sono intervenuti eventi economici e geopolitici (oltre che, con più recente percezione, ambientali e sanitarie) che hanno portato alcuni teorici ad evidenziare l'assunta necessità di sacrifici sociali – il che ha comportato in concreto l'impovertimento dei ceti medi e di quelli popolari, già sfavoriti – per il sovraccarico economicamente insostenibile dei sistemi welfaristici e pensionistici, questo per la insostenibilità postulata fa taluni delle crescenti pretese della base sociale, che sarebbe stato dunque opportuno deflazionare²⁹. Il *leitmotiv* che tutti abbiamo ascoltato e letto fino alla sazietà è quello della precarietà del lavoro come condizione ormai strutturale delle nuove generazioni, alle quali non sarebbe più possibile garantire, in definitiva, il medesimo livello di benessere raggiunto da quelle dei genitori e dei nonni, in ragione delle crisi ricorrenti in seno al modo di produzione e di sviluppo economico capitalistico.

In questo clima, i partiti, di cui si era nel tempo venuta aggravando quell'ossificazione oligarchica già, come si ricordava osservata dai teorici agli inizi del Novecento, sono stati dunque da più parti accusati di non svolgere più la funzione – per la quale erano stati inventati – di tramiti e fluidificatori delle domande politiche dal basso e di collante del popolo con le istituzioni, loro tramite legittimate.

Il tema della crisi della rappresentanza politica, dei possibili rimedi ad essa e della sua integrazione con modalità idonee a farla superare, non si pone in realtà ai nostri giorni per la prima volta. Un altro momento storico significativo in cui essa si registrò fu, agli inizi

²⁸ Sul rilievo in fatto (prima ancora che – anche – secondo modello) per cui “in una democrazia matura ‘l'azione dei rappresentanti è guidata e controllata dai partiti e dalle altre formazioni sociali, che veicolano e alimentano l'attività dei rappresentati’, [...] quale antidoto alla democrazia plebiscitaria”, su veda I. Massa Pinto, *L'indissolubilità*, cit. (per la frase 444), che richiama a sostegno E. Rossi, *I partiti politici*, Roma - Bari, 2007, p. 9 s.

²⁹ Inevitabile qui menzionare M. Crozier, S. P. Huntington e J. Watanuki, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale* (1975), trad. it. con prefazione di G. Agnelli e introduzione di Z. Brzezinski, Milano, 1977.

del Novecento, quello che vide il modello liberale dello Stato di diritto scosso dalle fondamenta, con i Paesi di più debole – perché più recente – unificazione nazionale che finirono per adottare soluzioni costituzionali autoritarie, in esplicita opposizione (ma nondimeno non potendo eludere il confronto con esso) al modello bolscevico, cui risposero caldeggiando, nella necessità di provvedere all'integrazione delle masse nello Stato, assetti corporativi e di loro permanente mobilitazione nazionalistica³⁰.

Non mancò già allora, ossia attorno agli anni Venti del secolo scorso, una riflessione con ambizioni di organicità sulle difficoltà del regime parlamentare, con proposte tecniche per superarle³¹, come pure a tale periodo si riferisce la rimeditazione sulle interferenze tra parlamentarismo, elemento plebiscitario e irruzione della tecnica nel campo della decisione politica, quale fu retrospettivamente tracciata da un giurista weimariano: un saggio che si offre a una rilettura odierna come sorprendentemente attuale³².

L'irruzione del *movimentismo* e delle proposte di trasformazione del modello rappresentativo in direzione di un abbassamento e di una diversa articolazione del baricentro della decisione politica non sono cioè novità di oggi.

Ciò ricordato, la sconfitta delle dittature in Occidente e la riconquista di istituzioni liberaldemocratiche si caratterizzò in effetti per la definizione di un assetto politico-economico degli interessi in gioco di natura compromissoria e *socialdemocratica* tra le organizzazioni che esprimevano gli interessi di capitale e lavoro, nell'ambito di una fabbrica di modello fordista e (sul piano istituzionale) tali assetti socioeconomici trovarono espressione nelle costituzioni del pluralismo, in Paesi nei quali il conflitto sociale era stato mediato – prima ancora di giungere a istituzioni pubbliche fortemente radicate – proprio da partiti e sindacati che godevano di grande prestigio presso i rispettivi aderenti e si presentavano ancora come organizzazioni di classe.

Il quadro attuale si presenta dominato invece da una diade concettuale centrata sulla valorizzazione neoliberista del ciclo *produzione di merce – consumo* e non più basata sul binomio *lavoro – sicurezza sociale*, tipico invece dell'epoca che ha immediatamente

³⁰ Sia concesso sul punto per l'Italia il rinvio al nostro *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della "terza via"*, in *Rivista AIC*, n. 1/ 2018.

³¹ C. Cassina, *Introduzione a L'evoluzione attuale del regime rappresentativo. Cinque risposte a un'inchiesta dell'Unione interparlamentare*, trad. it. (dal testo originale francese edito in Svizzera nel 1928) e cura della stessa, Bologna, 2011.

³² E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria dello Stato costituzionale democratico*, a cura e con introduzione di L. Ciaurro, trad. it. (dall'originale tedesco del 1958), Torino, 1994.

preceduto quella odierna e che restituisce la temperie storica in cui videro la luce e si sono poi consolidate nella coscienza popolare le Costituzioni democratiche postbelliche, come ad esempio quella italiana, quella tedesca e più tardi la spagnola, che già peraltro si apre a nuove necessità, che reclamano l'intervallazione di più aggiornate dichiarazioni di principio e di differenti discipline regolatorie.

I partiti si sono dunque trovati ad operare nel tempo in un contesto socioeconomico in cui i loro riferimenti di classe si erano fortemente indeboliti e fluidificati (da cui il loro mutamento in organizzazioni *catch all*, ossia *pigliatutto*, in seguito propense a stringersi in sistema per drenare risorse nell'ulteriore sviluppo del *cartel party*³³), dovendo fronteggiare le trasformazioni del mercato del lavoro nel senso dell'automazione e globalizzazione dei processi produttivi e della precarizzazione della sua offerta, nonché la progressiva telematizzazione delle relazioni umane e con essa il riproporsi di vie di uscita contrassegnate da suggestioni tecnocratiche, peraltro di risalente origine³⁴.

La stessa sovranità (il cui esercizio – attraverso la conquista del controllo delle leve, istituzionali e di fatto, di comando dello Stato – era stato fino ad allora l'obiettivo della loro competizione) si è riallocata in parte nella dimensione sovranazionale, in altra in quella infrastatale. Persi in tal modo, o fortemente indeboliti, i tradizionali bacini di consenso sociale e territoriale, i partiti si sono progressivamente virtualizzati e personalizzati e si sono così adeguati – ricercando un'organizzazione e direzione coerenti con esse – alle tendenze verticistiche emerse nella cultura degli ultimi decenni.

Questa è stata caratterizzata dall'illusione di un pensiero unico dal condizionamento acriticamente economicistico, dopo un'assunta *fine della Storia* che avrebbe prodotto un preteso "trionfo dell'economia di mercato"³⁵, con la conseguente tendenza a imporre anche nell'esercizio delle funzioni pubbliche e di quelle formative (piegate a schemi produttivistici utili ad apprendere modalità operative da trasporre poi su un panorama di lavori divenuti precari e intercambiabili negli addetti) i principi dell'organizzazione aziendale, che hanno sedotto non pochi appartenenti ai rispettivi corpi organici: si pensi al

³³ O. Kirchheimer, *La trasformazione dei sistemi partitici dell'Europa occidentale*, trad. it. nell'imperdibile antologia *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini, Bologna, 1979, p. 177 ss.; più di recente, *ex plurimis*, D. Palano, *Il partito oltre il "secolo breve": tracce per un ripensamento*, in *Spazio Filosofico*, n. 9/2013, p. 369 ss.; Id., *Un Principe postmoderno? Il futuro del partito visto dal passato*, in *Teoria politica, Annali*, VIII, 2018, p. 325 ss.

³⁴ M. Volpi, *Governi tecnici e tecnici al governo*, a cura del medesimo, Torino, 2017.

³⁵ Il riferimento è ovviamente a F. Fukuyama, *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, trad. it., Torino, 2003.

disastro che tale mentalità *manageriale* ha arrecato alla ragion d'essere più profonda di scuola e università.

Da questo processo storico è risultata una rinnovata censura (in un contesto differente rispetto a quello prima rammentato) alle distorsioni oligarchiche della democrazia rappresentativa, con accuse di non sapere cogliere prontamente i mutamenti storici e socio-economici, se non nei tratti di essi utili a cercare di assicurarsi una comunque ingannevole sopravvivenza.

Si è così giunti a scrivere di un attuale *stato comatoso* della rappresentanza³⁶, la cui acclarata crisi non sarebbe del resto che l'altra faccia di un fenomeno che ne implica una simmetrica, che coinvolge il "rappresentato"³⁷.

Come si è detto icasticamente, in proposito³⁸ "l'insufficienza del processo decisionale affidato ai titolari ordinari dell'indirizzo politico e la crisi della rappresentanza, crudamente messa in luce dall'eccessiva autoreferenzialità [...] dei comportamenti degli attori politici, hanno contribuito a creare il diffuso fenomeno che si è convenuto di chiamare 'antipolitica' alimentata da un imponente movimento di opinione sostenuto da élites mediatico-politiche, essa può essere considerata come la versione aggiornata del populismo, intrisa di stanchezza (o nausea) della politica, di avversione al politicantismo, alle cui oscure e inaffidabili mediazioni contrappone la limpidezza dell'appello al popolo, il sovrano che ha sempre ragione secondo i paradigmi della 'democrazia romantica'".

Ne è derivata la propensione di molti teorici a indicare una via per il loro superamento attraverso il ricorso a istituti propri della democrazia diretta³⁹ e ci si è posti altresì alla ricerca di un *tertium genus* che potesse superare i difetti percepiti di entrambe con la valorizzazione di fori *deliberativi* e pertanto *partecipativi* (invero da taluni fra loro

³⁶ A. Ruggeri, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta online*, n. 1/2021, p. 121 ss.

³⁷ M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del convegno di Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, 2001, p. 109 ss.

³⁸ La citazione è di A. Di Giovine, *Fra direttismo e antipolitica: qualche spunto sul referendum in Italia*, in *Percorsi e vicende attuali*, cit., p. 65 ss. (per il periodo riportato 69), ma i richiami a quanti hanno rilevato con allarme siffatta tendenza potrebbero essere ben più diffusi; si veda ad esempio il fasc. n. 65/2014 dei *Quaderni di Sociologia su Populismo, antipolitica e sfide alla democrazia e, se lo si creda, il nostro Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*. Atti del Convegno di studi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II del 13 aprile 2018, a cura di G. De Minico e G. Ferraiuolo, Bagno a Ripoli, 2019, p. 19 ss.

³⁹ B. Manin, op. ult. cit., p. 267 ss., segnala appunto nella sua postfazione come segno dei nuovi tempi la diminuzione della "lealtà ai partiti" e "l'avvento della partecipazione politica non istituzionalizzata".

avvicinati, da altri tenuti distinti e comunque sicuramente distanziati entrambi dal modello rappresentativo), in una forma nuova che non fosse quella della sola mediazione partitica, messa alle corde⁴⁰.

La richiesta di un rinnovamento delle forme attraverso le quali la collettività possa fare sentire la sua presenza al di là dei canali classici di attivazione politica è un aspetto della più ampia istanza partecipativa che si muove all'interno delle arene di rilievo comunitario entro le quali si svolge la vita individuale.

Così, nella nostra Costituzione, indicazioni preziose per rinnovare in tale direzione il modello democratico – all'insegna della *sussidiarietà orizzontale* – si possono ricavare dagli artt. 2, laddove si individua la direttiva di principio della protezione dei diritti individuali e si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili della solidarietà anche nelle comunità intermedie, 18, nonché ad esempio 33 e 117, comma 2, lettera n), laddove è valorizzata l'autonomia organizzativa e culturale universitaria e scolastica, nonché quella dei luoghi di produzione e fruizione dell'arte e della scienza; 39 e 46, laddove rispettivamente si riconosce la libertà sindacale su base pluralistica e si pongono le premesse costituzionali per legittimare la collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende; 5 e nell'intero titolo V, ove si identifica in linea di principio e quindi si istituzionalizza in appositi enti il circuito rappresentativo-partecipativo a base territoriale, tutto questo naturalmente oltre ai più tradizionali riferimenti a iniziativa legislativa popolare, diritto di petizione alle Camere e ai vari tipi di referendum⁴¹.

⁴⁰ *Ex multis*, in una letteratura imponente e solo per alcuni studi italiani, che riprendono le analisi, le teorizzazioni (e le pratiche) discorsive e consociative di cui al pionieristico lavoro di Fishkin, ma trasposte in contesti territoriali diversi, ossia europei e italiani, si vedano L. Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e Mercato*, n. 1/2005, p. 67 ss.; L. Cataldi, *Premesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?* Working Paper del Centro Einaudi - LPF, n. 3/2008; A. Morelli, op. ult. cit., p. 116 ss.; U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive*, Firenze, 2010, p. 5 ss.; R. Bifulco, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?*, ivi, p. 65 ss.; G. Marchionna, *La democrazia deliberativa. Teoria e prassi della partecipazione popolare alle scelte di governo al tempo della crisi della politica, dei partiti e delle istituzioni*, Quaderno 56 della Fondazione Brodolini, Roma, 2016; A. Floridia, *Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi*, Bologna, 2017; C. Biancalana, *Disintermediazione e nuove forme di mediazione. Verso una democrazia post-rappresentativa?*, Milano, 2018; ancora R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in P. Bilancia (a cura di) *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018, p. 31 ss.

⁴¹ S. Lieto, op. ult. cit., p. 47 s.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà*, Milano, 2001; G. Cotturri, *Culture e soggetti della sussidiarietà*, in *Sussidiarietà Orizzontale*, 2/ 2007, 36 ss. e anche, *ex plurimis* e nei limiti di una nota di richiamo, M. Fioravanti, *Costituzione italiana: art. 2*, Roma, 2017 e da ultimo D. Tega, *Art. 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, I, p. 21 ss.; F. Clementi, *Art.*

Appare evidente come la tendenza cui si è appena accennato, riferendo dei suoi ancoraggi costituzionali, recuperi in realtà istanze premoderne, ovverosia addirittura anteriori ai processi di accentramento del potere politico negli Stati nazionali e di adeguamento a tale dinamica storica di organizzazioni autonome di mestieri, comunità educative e interessi territorialmente radicati, che alle istituzioni statali preesistevano e debba – a partire da una certa epoca – contendere il terreno al modello affermatosi e consolidatosi, fondato sull’elezione alle assemblee di rappresentanti politici organizzati e svincolati da mandati imperativi.

Questo deve dirsi tanto a proposito della rinnovata attrazione per i mandati politici vincolati – confondendo quello che va tenuto distinto, ossia la *rappresentanza* giusprivatistica e la *rappresentazione* giuspubblicistica, nozioni che si rendono in tedesco con due diverse parole (rispettivamente *Vertretung* e *Repräsentation*), mentre in italiano con la sola prima, aggettivata per distinguere gli ambiti rispettivi: una dicotomia sulla quale è costruita un’intera opera monumentale⁴² – quanto della istanza di una decisione referendaria su proposte di iniziativa legislativa popolare rafforzata, nonché in ordine alla creazione di sedi non parlamentari di *discussione continua*, nelle quali intavolare un libero confronto delle idee informato e non emotivo, come infine anche circa l’affidamento popolare (solo in apparenza contrario al manifestarsi dei fenomeni appena richiamati, ma in realtà altra faccia di essi) al *potere carismatico* dei *leaders*, destinato a mettervi, se necessario anche con modi decisi, fine e a sintetizzarlo politicamente attraverso la necessaria de-cisione: letteralmente *dare un taglio* alle parole per passare ai fatti.

Al di là di una visione entusiastica, le aporie di simili tentativi di rivitalizzazione del nesso non rappresentativo e mediato tra basi popolari e circuito politico decisionale non possono peraltro che palesarsi, solo che si rifletta, ad esempio, sull’intenso grado di manipolabilità della democrazia diretta (specialmente referendaria)⁴³ fuori dall’ambito locale e dai

18, ivi, p. 127 ss.; A. Iannuzzi, *Art. 33*, ivi, p. 220 ss.; A. Celotto, *Art. 39*, ivi, p. 257 ss.; G. Pistorio, *Art. 46*, ivi, 295 p. ss.; L. Cuocolo, *Art. 117, 2° comma*, ivi, II, p. 337 ss.; G. Rivoscchi, ivi, *Art. 118*, p. 347 ss.; L. Gori, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, p. 179 ss.; P. Mazzina, *L’autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020.

⁴² H. Hofmann, *Rappresentanza - Rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, trad. it., con introduzione di G. Duso, Milano, 2007.

⁴³ Su questo aspetto, si vedano le relazioni di un convegno napoletano del 2017, poi raccolte nel *Quaderno* n. 4/2018, della rivista *Diritti Lavori Mercati*, intitolato *Il diritto del lavoro alla prova del referendum*, che tematizzò in special modo la figura dei “referendum manipolativi” e la questione della loro ammissibilità, alla luce di una giurisprudenza costituzionale oscillante. La “manipolazione” del quesito, resa possibile dalla

contesti storico-istituzionali elvetico e californiano, che l'hanno storicamente valorizzata, ma che non sono facilmente – per il loro particolarissimo ambiente genetico – trasferibili altrove.

La dimensione partecipativa sembra cioè, ad un'analisi realistica e non enfatica, utilizzabile al fine di sottoporre alla decisione dei cittadini questioni specifiche strettamente locali (problemi di una città, o perfino di un quartiere, o ancora determinazioni circa opere pubbliche da localizzare e di cui intraprendere la costruzione), ma – quando si pretenda di praticarla su scala più ampia – si presta non solo a sostenere nobili battaglie di principio e/o *simboliche* da parte di forze politiche minoritarie o assenti dall'assemblea rappresentativa, che scelgono questo strumento, assieme al ricorso alla via giudiziaria, per imporre comunque i loro temi alla discussione pubblica e provare ad arricchirla (qui peraltro si formula una riserva che verrà sciolta nelle conclusioni), ma altresì a diventare il terreno di elezione delle scorrerie delle *lobbies* più variegate, portatrici sovente di interessi economici famelici e assai concreti o di istanze fortemente anelastiche, identitarie e poco disposte alla mediazione⁴⁴.

Ulteriori spunti di riflessione problematica possono infatti essere suggeriti dalla considerazione che la cultura politica sottostante all'esaltazione della democrazia diretta, nascendo – come si diceva – da una disposizione d'animo antiparlamentare, finisce in concreto per tradursi in un atteggiamento pratico chiuso per l'altrimenti ritenuto *tradimento* delle *istanze della base* e la scarsa disposizione al *compromesso*, parola che viene considerata squalificata e squalificante di chi lo pratica, con conseguente irrigidimento della dialettica politica⁴⁵.

tecnica del “ritaglio delle parole” dal testo della legge, in ragione della sua abrogabilità anche solo parziale, a mente della possibilità in tale senso offerta dalla formulazione letterale dell'art. 75 della Carta Costituzionale, si avvicina sotto questo aspetto quanyo alla sostanza innovativa all'effetto delle sentenze manipolative della Corte Costituzionale: pur nel diverso esito – abrogativo in un caso, o di dichiarazione di illegittimità costituzionale e conseguente annullamento della norma oggetto della pronunzia, nell'altro – la manipolabilità è sempre stata oggetto di critica, giacché finisce per dare un senso sostanzialmente paralegislativo all'operato rispettivamente del corpo elettorale e della Consulta. Sul ruolo in concreto esercitato della Corte costituzionale, in particolare, quanto ai giudizi di ammissibilità dei referendum e quindi, più in generale, in ordine al tema discusso nel presente lavoro, si legga M. D'Amico, *Democrazia diretta versus democrazia rappresentativa: una riflessione sul ruolo della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 1 ss.

⁴⁴ A. Torre, *Chi dirige la democrazia diretta. Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità*, in *Crisi della rappresentanza politica*, cit., p. 201 ss.; J. Luther, *Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche*, ivi, p. 283 ss.

⁴⁵ Così D. Palano, *I due volti della democrazia diretta. Note per la genealogia di un progetto moderno*, in *Teoria Politica*, 2020, p. 341 ss., che riespone più complessivamente questa e molte altre e note critiche bobbiane alla riproposta moderna dell'idea di una decisione politica diretta dei cittadini sulla generalità degli

Si registra insomma un movimento a tenaglia, che oggi stringe gli organi della rappresentanza politica nel morso tra istanze diffuse di ricorso agli strumenti di democrazia diretta, in funzione non più solo *debole*, ma decisoria, ruolo attivo della magistratura e delle Corti Costituzionali adite da *minoranze intense* e – va aggiunto – incrociando altresì impulsi e limiti provenienti dalla scienza e dalla tecnica: si pensi, sotto questo profilo e a titolo di esempio, al ruolo che il richiamo di dati scientifici insuperabili ha rivestito nella progressiva demolizione della legge n. 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, da parte della giurisprudenza costituzionale o al modo in cui tali acquisizioni interagiscono con i vincoli giuridici nella costruzione di un complessivo statuto costituzionale non individualistico della persona, al fine della emersione e tutela di sempre nuovi profili dei diritti fondamentali⁴⁶, per tacere della mobilitazione antivaccinale che ha sedotto una vocante (ancorché nel numero minoritaria) parte della popolazione. Uno stato d'animo *antiparlamentare* non solo latente e vago, ma concreto, ha del resto ispirato molti ad appoggiare anche la recente conferma della legge costituzionale intesa a ridurre il numero dei parlamentari con un netto taglio lineare e non già dopo avere inquadrato tale scelta in un disegno di più ampie e correlate riforme istituzionali.

D'altro canto, peraltro, le sedi di democrazia deliberativa in cui siederebbero – secondo chi esalta una diversa direzione di ricerca di strade per superare il deficit di rappresentanza politica *classica*, alla precedente collegate – cittadini informati del merito delle questioni sottoposte alla loro discussione e decisione, prescelti in quanto rispecchianti su base statistica la variegatazza degli interessi sociali (un certo numero di giovani, un altro di uomini maturi, un altro ancora di anziani, divisi inoltre per genere; tanti operai, tanti contadini, tanti commercianti impiegati, tanti imprenditori; quindi cattolici, o aderenti a fedi diverse, agnostici e atei) sarebbero comunque anch'esse in contraddizione, a ben

affari pubblici; si conceda altresì anche un rinvio a chi scrive: S. Prisco, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, in *Federalismi.it*, n. 13/2018.

⁴⁶ Si permetta ancora – per un quadro generale sul ruolo attuale della giustizia costituzionale —un ulteriore rinvio al nostro *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione in Costituzionalismo e democrazia*. Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri, Napoli, 2016, 633 ss. e si leggano inoltre A. Costanzo, *La crisi della rappresentanza politica e il ruolo della magistratura. Interviste a M. Barcellona, A. Corbino, A. D'Atena*, in *Giustiziainsieme*, 28 Febbraio 2019; M. D'amico, *Democrazia diretta versus democrazia rappresentativa: una riflessione sul ruolo della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; M. Tomasi, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019.

vedere, con il preteso esercizio diretto della decisione a mezzo di un *click* nella nuova *agorà* elettronica, che è semmai solo l'arena di sfogo di una somma di individui, non certo lo strumento attraverso cui può identificarsi un popolo consapevole, come era stato già osservato da Schmitt⁴⁷. Sul punto si tornerà alla fine, ma può dirsi fin d'ora che anche in questa variante, il popolo (organicamente inteso come unità omogenea, a seguire il modo in cui se lo raffigurano molti fra i fautori di siffatta possibilità di espressione politica) si esprimerebbe non in assemblee politiche pluraliste, cui affidare la funzione di sintesi rappresentativa delle opinioni che si manifestano attorno alle questioni di rilievo pubblico in seno alla collettività, ma comunque in un loro duplicato su scala minore, costituito da ottimati investiti di un compito esemplare e tuttavia egualmente frammentati e impossibilitati a raggiungere una sintesi di rilievo generale, perché essa resterebbe limitata a singole questioni e categorie interessate.

Una gustosa narrazione letteraria distopica, estremizzata stavolta in senso tecnocratico, di un modo di vedere che vive la rappresentanza politica come impaccio che è imperativo semplificare, è in un noto racconto fantascientifico⁴⁸, in cui si immagina che un grande *computer* scelga a campione un cittadino-tipo, in una piccola città degli Stati Uniti la cui popolazione ha rilevanza statistica per avere scelto sempre, nelle diverse e successive occasioni, il Presidente della Repubblica su cui era effettivamente confluita la maggioranza dei grandi elettori dell'intero Paese, perché eserciti (con risparmio di tempo, di danaro e di contestazioni sulle forme di esercizio e di spoglio dei suffragi) il suo diritto di voto, impegnando la totalità degli elettori, rimasti silenti e inoperanti.

Fuori dalla fantascienza, la realtà è che né nell'antica Grecia, come si è detto prima, né nei fori deliberativi selezionati e perfino non nelle primarie o nelle decisioni elettroniche assunte su impulso dei dirigenti di movimenti politici c'è una decisione davvero diretta da parte di tutti e per tutti, ma resta operante una distinzione di interessi e opinioni, che rende necessaria la loro mediazione, seppure collocata a un livello diverso da quello proprio delle assemblee rappresentative classiche ed è decisivo chi e in quale momento stabilisce l'agenda della discussione e della deliberazione.

⁴⁷ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, trad. it, Milano, 1984, p. 321 ss.

⁴⁸ I. Asimov, *Diritto di voto*, trad. it., in *Tutti i racconti*, I, Milano, 1991, 55 ss.; vi fa riferimento (ma col titolo "Oggi si vota", avendo il racconto avuto traduzioni con titoli diversi) anche A. De Petris, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, in *Aspetti e vicende attuali*, cit., p. 205 ss. che verrà richiamato pure oltre.

Secondo una persuasiva ricostruzione recente, d'altronde⁴⁹, perfino il (nostro e altrui) referendum popolare non è a rigore espressione di democrazia diretta: “Anche quando la decisione viene imputata al popolo medesimo e ad una sua ‘diretta’ manifestazione di volontà, la mediazione, in realtà, è sempre presente, sia perché l’opinione pubblica si forma e si articola solo grazie all’azione dei partiti, dei gruppi o almeno (anzi: soprattutto, laddove gruppi e partiti sono deboli) dei mezzi di informazione, sia perché l’agenda politica può essere solo in minima parte determinata ‘dal basso’, sia perché il quesito sottoposto al popolo è sempre eterodeciso, sia perché l’interpretazione della volontà popolare, una volta che questa si è manifestata, è affidata pur sempre a soggetti istituzionali o sociali che sanno perfettamente se e come manipolarla e – addirittura – se e come darle esecuzione”.

Si tratta di un rilievo fondamentale, sul tema qui indagato, sul quale si tornerà alla fine. Il tempo in cui viviamo ha trovato in ultima analisi un’efficace descrizione in una formula che ha conosciuto fortuna presso il pubblico colto, quella della “postdemocrazia”⁵⁰, riassunta nei suoi caratteri da uno studioso nei termini che seguono⁵¹: “il modello postdemocratico non solamente costituisce un cambiamento radicale rispetto al passato, ma legittima altresì il superamento delle istituzioni ereditate dal passato. La democrazia consensuale, compromissoria, consociativa si è evoluta in democrazia maggioritaria, d’investitura, di mandato, coinvolgendo in quest’evoluzione anche i partiti. Non è chi non veda la convenienza per i governanti di un riorientamento cosiffatto. Le loro propensioni oligarchiche ne risultano non poco legittimate. Appare del tutto legittimo che prendano le distanze dal demos e che soddisfino anch’essi – a mo’ imprenditori politici – le loro ambizioni privati, scoraggiando altresì inutili e anzi dannose liturgie come la partecipazione politica. E non è neppure difficile scorgere la congruenza tra tale modello democratico con le teorie – e le politiche – neoliberali, anzi la complementarità tra l’uno

⁴⁹ M. Luciani, *Il referendum. Questioni teoriche e dell’esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008), p. 157 ss. (per la citazione, 150) e Id., *La natura del referendum*, in *Il diritto del lavoro alla prova del referendum*, *Diritti Lavori Mercati*, n. 4/2018, p. 201 ss. Nella dottrina tedesca, già E. Kaufmann aveva rilevato (nel saggio del 1931 *Zur Problematik des Volkswillens*) che anche nelle forme di esercizio della democrazia diretta il popolo non è mai davvero presente nella sua interezza, ma solo attraverso una mediazione (la citazione dell’A. è in A. Scalone, *La rappresentanza degli interessi nella dottrina dello Stato tedesco del ‘900 e la riflessione di J. H. Kaiser*, in Id., *L’ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Monza, 2011, p. 271 ss.; per il richiamo 309, nota 146).

⁵⁰ C. Crouch, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma - Bari, 2005.

⁵¹ A. Mastropaolo, *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2005, p. 6.

e le altre”.

4. La verifica del panorama sopra tracciato in alcune recenti riflessioni monografiche.

Ripercorriamo ora, a conferma di quanto fin qui argomentato, alcuni libri recenti che affrontano criticamente proprio tale complesso di problemi, presentando – assieme alle ovvie differenze riconducibili alle sensibilità individuali dei rispettivi autori – impianti analitici di partenza e svolgimenti largamente comuni.

Un primo volume⁵² sviluppa una conferenza parigina dell'autore, precedente all'emergenza pandemica, ma è aggiornato a considerarne gli effetti sul tema in un capitolo finale.

Il titolo sembra una formula semplice, in cui viene cercato l'effetto di colpire l'attenzione, ma allude al quadro in realtà complicato del quale si è detto in precedenza. Il primo sostantivo rende infatti ragione delle forme plurime del fenomeno, dunque della ricchezza interna di una categoria troppo spesso erroneamente declinata al singolare, mettendo in ombra le sue varianti⁵³, mentre qui esse sono attentamente ricostruite nei loro differenti percorsi storici, nella genesi dei bisogni materiali che le ispirano e negli sviluppi. Del secondo è fondamentale l'aggettivazione che l'accompagna, perché la convinzione che sorregge la trattazione è che i diversi modi in cui il popolo chiede di essere ascoltato dal potere e dei quali aveva offerto già una descrizione rimasta classica Hirschman⁵⁴ – dalla rivolta spontanea, all'istanza di cambiamento incarnata a lungo (come si è detto) da partiti di massa, oggi peraltro in crisi ed essi stessi in mutamento e quindi sempre più affidata al complesso degli istituti di democrazia diretta – non muovono in assoluto contro la rappresentanza politica e il mandato assembleare libero come tali. Essi ne avversano infatti, è la tesi, solo quella loro apparenza percepibile quale devitalizzata, ingannevole, prima svuotata e poi *occupata*, oggi, dagli opposti rischi di farsi strumenti di un'identità comunitaria nazionalistica, chiusa, impaurita e alimentatrice a sua volta di paure contro l'

⁵² A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020.

⁵³ Sulle quali si leggano *ex plurimis* S. Gentile, *Populismi contemporanei. XIX - XXI secolo*, Milano, 2015 e testi raccolti in *Anatomia del populismo*, a cura di M. Tarchi, Napoli, 2019.

⁵⁴ A. O. Hirschman, *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello Stato*, trad. it., Bologna, 2017.

altro (si tratti del povero in una società sempre più percorsa da disuguaglianze, o del diverso per lingua, fede e colore della pelle) o di una resa individualistica al liberismo, che parcellizza le identità umane, per riassumerle poi nella emblematica figura di sintesi del *consumatore*, con la mediazione interessata di tecno-burocrazie e di *lobbies* al loro servizio. Nelle parole dell'autore esistono, per tale situazione “forti responsabilità da addebitare al modello neo-liberista, alla sua matrice individualistica ed alla polverizzazione degli interessi” e, poco oltre (le sottolineature in corsivo sono nostre), Il tema di fondo è proprio questo: come *conciliare una rappresentanza politica e reale*, tale da rendere effettivamente visibili i cittadini, i loro bisogni, *con altre forme di democrazia, a partire da quella partecipativa*, declinata nelle sue dimensioni strutturate, spontanee ed occasionali. Un tema, dunque, che pone al centro delle questioni il conflitto, il dissenso, la partecipazione: il popolo in tutte le sue espansioni e comportamenti.

In buona sostanza, l'obiettivo di politica del diritto indicato dal saggio è come parlamentarizzare il radicalismo politico, perché ciascuna delle due polarità si giovi dei pregi dell'altra, minimizzandone i rispettivi difetti.

Seppure il saggio valorizza la necessità di un metodo di analisi rigorosamente giuridico, tiene ferma l'opportunità di aprirsi agli apporti dei risultati analitici di altre scienze sociali, che devono arricchire cultura, curiosità, interessi dello studioso del diritto; in questo caso, coi politologi Mudde e Rovira Kaltwasser, richiamati nella frase virgolettata che segue, si descrive il populismo come una “reazione democratica illiberale a un liberalismo non democratico”.

Se, con Sennet, egli concorda sull'osservazione che “senza mediazione e senza politica ogni individuo è destinato a divenire una entità isolata, una soggettività assente senza legami, un soggetto debole e vulnerabile” e se dunque di una rinnovata centralità parlamentare non può farsi a meno, nel senso che l'assemblea resta il luogo costituzionale della mediazione necessaria e vanno dunque rifiutati i processi di disintermediazione politica, la cosiddetta “democrazia immediata”, per lui *questi* partiti non riescono più da soli a soddisfare l'obiettivo.

In controluce si intravede nella genesi dello studio e nel modo di problematizzarlo l'impegno civile dell'autore: sia qui consentito osservare, sul piano metodologico, che sta crescendo il numero di quanti ritengono opportuno prestare attenzione anche alla biografia intellettuale di uno scrittore – operazione che certo non può prevaricare l'esposizione che

egli abbia compiuto delle sue idee, né intralciarne la valutazione critica – in ragione della dimensione narrativa, oltre che tecnica, entro la quale la vicenda giuridica deve venire inquadrata⁵⁵.

Nel caso specifico, un'incursione nella dimensione anche extra-scientifica dello scrittore considerato appare necessaria per chiarire le motivazioni e l'andamento stesso dell'opera. Egli ha infatti avuto un incarico politico-amministrativo nella giunta comunale di Napoli, come assessore ai *beni comuni*, nell'ambito del quale ha pilotato il disegno di ripubblicizzazione dell'azienda erogatrice dell'acqua in città ed è anche fra i teorici appunto della nozione di *beni comuni*, sulla cui natura ha da poco (2020) licenziato la voce di un'enciclopedia giuridica riepilogativa di molte esperienze⁵⁶. Si tratta cioè di uno studioso che ha osservato con simpatia gli esordi di un movimento politico che si era proposto di rinnovare, oltre che gli obiettivi, le forme stesse della pubblica decisione, coinvolgendo l'intero popolo attivo nel suo divenire, attraverso l'impiego di strumenti che lo rendano compresente e co-decidente nello stesso istante, o in momenti assai ravvicinati, attraverso la presenza in un'*agorà* virtuale, ossia operando da remoto, ma in modo effettivo, grazie alla telematica.

Significativa in tal senso sembra un'ulteriore idea un lui radicata, che egli manifesta fin dall'esergo brechtiano scelto per il suo lavoro: “Gli uni stanno nell'ombra/ Gli altri nella luce/ E si vedono coloro che stanno nella luce/ E coloro che stanno nell'ombra/ Non si vedono”.

La citazione da “L'opera da tre soldi” pone in evidenza (si vorrebbe appunto dire “in luce”, se qui non si richiamasse al tempo stesso la faccia oscura della forza del comando) un altro dei fili rossi che percorrono l'ordito del ragionamento: il gioco di visibilità/invisibilità tra masse e potere. Come nell'età dell'assolutismo era visibile il Re e invisibile (anzi proprio inesistente, come soggetto collettivo e organo dello Stato) il popolo, perché quello che poi diventerà pienamente tale era in posizione di sudditanza, così l'avanzare del costituzionalismo ha invertito la polarità e dunque via via reso visibile e centrale il secondo,

⁵⁵ Sia permesso, sul punto, il rinvio a me stesso, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, in O. Roselli (a cura di), *Le Arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020, p. 403 ss. e ad A. Valastro, *Emozioni e diritto. Dal racconto delle fragilità una normatività diversa*, in *Le emozioni nei contesti individuali e sociali*, Perugia, 2019, p. 395 ss. e ancora Id., *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, p. 135 ss., nonché alle bibliografie richiamate in questi lavori.

⁵⁶ A. Lucarelli, (voce) *Beni comuni*, in *Dig. Disc. Pubbl*, VIII agg., Milano, 2020, p. 1 ss.

come attore protagonista e spersonalizzato ed emarginato il primo, ridotto a un simbolo unificante di funzioni pubbliche, affidate invece a un assieme di soggetti che esercitano ruoli e non vengono individuati dinasticamente, ma nell'esercizio di tali compiti sono elettivi o selezionati in ragione di competenze tecniche, comunque temporanei. A tale fase è seguito un progressivo insterilirsi anche di questi ultimi, resi dal liberismo capitalista globale ancora visibili sì, ma al tempo stesso sudditi essi medesimi di dinamiche egualmente impersonali (il mercato), controllate da forze invisibili, ma assai concrete, come del resto invisibile torna ad essere il popolo, se ridotto alla funzione elettorale, che si esercita in un giorno solo e che dunque allora e per un attimo si illude di essere libero, ma il resto del tempo è in catene, come osservava già J. J. Rousseau.

Nei versi citati è dunque leggibile la polemica aperta dai nuovi movimenti – non solo italiani, ma di altri Paesi (in Europa e altrove) – contro i cosiddetti *poteri forti e irresponsabili*, che mirano a condizionare spesso occultamente, a loro dire, lo svolgersi di una politica radicalmente democratica, ai quali essi contrappongono non solo e non tanto libere elezioni di organi rappresentativi (verso i quali la diffidenza degli *outsiders* è palpabile), ma l'assunta esigenza di una mobilitazione popolare permanente, che non smetta di incalzare e controllare i detentori della delega all'esercizio mediato del potere sovrano, ai quali dunque si chiedono decisioni trasparenti, ma in primo luogo condivise con una "base" continuamente interpellata e sondata sulla scelte di fondo da assumere per la collettività nazionale.

In sintesi, la proposta avanzata dall'autore è di rivitalizzare la sclerosi dell'assetto rappresentativo, in cui si manifestano chiusure oligarchiche e una gestione professionalizzata della politica, che impedirebbero, secondo tale visione, la circolazione e il ricambio frequente delle idee e delle energie. Questo andrebbe fatto attraverso fori di *cittadinanza attiva*, auto-convocati secondo esigenze variabili su singole questioni appunto da gruppi di cittadini e/o elettori informati, secondo un modello che nel costituzionalismo francese, che ha a questo fine inventato il *débat public* ed è da lui intensamente frequentato⁵⁷, ha teorizzato un altro Rousseau, stavolta transalpino e a noi contemporaneo.

⁵⁷ Si legga, infatti, D. Rousseau, *Radicalizzare la democrazia. Proposte per una rifondazione*, a cura e con una postfazione di E. Bottini, prefazione di A. Lucarelli, Napoli, 2016. Sulle varianti in cui si articola in concreto l'attuale istanza partecipativa, è d'obbligo – nella letteratura recente – il rinvio a G. Pepe, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi*, Milano, 2020, che, dopo avere, come da titolo, ricostruito con approfondita attenzione lo sviluppo storico e lo statuto teorico dei rapporti tra "democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'età della rivoluzione informatica", dando conto

L'autore che si sta qui discutendo ricorda del resto – per tornare a quanto si diceva sopra sul valore della riflessione attorno a vicende personalmente vissute e criticamente ricostruite – l'esperienza napoletana dell'ex Asilo Filangieri, un immobile disabitato, occupato da cittadini che lo hanno recuperato a fini fruizione culturale (col favore dell'amministrazione locale, ossia all'epoca anche suo) per essere adibito a sede di associazioni e di eventi culturali.

Si attesta lungo linee che convergono con quelle fin qui sintetizzate anche un'altra monografia⁵⁸, la cui autrice muove analogamente dalla constatazione dell'insterilirsi della rappresentanza come delega di esercizio del potere politico: una *fictio juris* cui si ricorre in democrazia per giustificare con qualche ipocrisia il raccordo tra un elettorato *parziale* (che comunque e in realtà rimane concretamente assente nel momento decisionale) e l'effettivo decisore da questo eletto, praticamente libero – una volta che sia tale – di superare il mandato politico ricevuto, a tutela di interessi specifici della frazione del corpo sociale che lo ha sorretto nella competizione concorrenziale con altri, interpretandolo a suo libito al fine di perseguire (nella necessaria mediazione con i colleghi) l'interesse generale della Nazione, come si esprime l'art. 67 della nostra Carta Costituzionale.

Anche questo studio si concentra dunque sul modo per risanare un rapporto allentato e superarne la crisi, nel rin vigorimento di istituti che assicurino una partecipazione popolare diretta alle decisioni di interesse collettivo. Conviene lasciargli la parola, a chiara illustrazione dell'intento: “Sebbene sia incontestabile che la Costituzione italiana ha un impianto strutturalmente rappresentativo, questo non esclude che la rappresentanza possa essere completata con diversi strumenti. Infatti, l'analisi svolta ha reso evidente che la tenuta del governo rappresentativo è fondata su basi intrinsecamente ambivalenti, che da sempre si nutrono di meccanismi di discussa riconducibilità alle categorie tradizionali della rappresentanza medesima. Tale assunto apre la strada per tornare sulla costruzione tradizionale del mandato, al fine di riflettere sui suoi possibili strumenti integrativi. Del resto, la stessa esperienza mostra che tali dispositivi – se opportunamente regolati – non si pongono in contrasto con la rappresentanza, ma, al contrario, ne assicurano la flessibilità,

delle insoddisfazioni e delle critiche verso l'impianto tradizionale che hanno spinto alla ricerca del nuovo, esemplifica tra le *species* della seconda il dibattito pubblico, l'inchiesta pubblica, il bilancio partecipativo, inquadrando ciascuna nella *summa divisio* tra *common* e *civil law* e ripercorrendo le specifiche esperienze dei diversi ordinamenti.

⁵⁸ M. F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, 2020.

attraverso un concorso di strumenti che si rivolgono tutti al medesimo fine del miglior esercizio della sovranità popolare, ossia (come si dice oltre) Tali ambiti non possono e non devono sostituire la rappresentanza e il libero mandato, essenziali garanzie di uguaglianza; piuttosto hanno il ruolo di integrare i processi attuali e assicurare un canale di comunicazione con le istanze che possono suggerire un'innovazione dei meccanismi rappresentativi. In ultima analisi, le pagine successive mostreranno che le modalità decisionali pubbliche si possono modificare aprendosi all'iniziativa spontanea degli abitanti”.

Con le parole di un'altra studiosa⁵⁹ “Se l'esercizio del voto è uno dei modi di esercizio della sovranità popolare, è opportuno sottolineare [...] che il rapporto elettivo non esaurisce affatto il rapporto rappresentativo, ma ne soddisfa una sua sola fase, costitutiva senza' altro, ma non esclusiva: il momento elettivo è un passaggio di chiusura, ma anche di apertura di un ciclo rappresentativo”.

Tornando allo scritto che si stava richiamando prima, esso distingue peraltro tra partecipazione *online* e *offline*. Giustamente critico verso le modalità attraverso le quali la prima può essere manipolata da chi ne controlla l'attivazione – per cui si stima necessario esplorare, come in effetti viene fatto con attenzione, le possibilità tecniche offerte dalla Rete, oggi ineludibili anche per la partecipazione politica, al fine di disciplinarle, ricercando come contrastare le pratiche idonee a produrre effetti distorsivi da parte dei gestori privati delle risorse o di chi li usa (emblematico il caso di *Cambridge Analitica* e quindi della profilazione elettorale individualizzata) – è invece favorevole alla seconda e ritiene, analogamente al primo studio esaminato in questo paragrafo, che la sua allocazione ottimale risieda nei processi decisionali locali, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Non è perciò un caso che l'autrice valorizzi la medesima esperienza territoriale napoletana dell'ex Asilo Filangieri, della quale si è detto in precedenza, ricondotta a una categoria a ben vedere tradizionale: quella dei *beni di uso civico*, la cui fruibilità comunitaria su iniziativa dei cittadini e copertura autorizzatoria di tale pratica da parte della pubblica amministrazione viene in dottrina ripresa e rietichettata come uso dei *beni comuni*.

Una conferma di questo duplice filo ideale che percorre visibilmente molte opinioni

⁵⁹ L. Ronchetti, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, p. 11 ss. (per la citazione, 20).

dottrinali di questo periodo e in siffatta tendenza consente di accomunarle è in un terzo studio⁶⁰.

Ancora una volta, critica della teoria (e ancora più della prassi) della rappresentanza politica ed enfasi assiologica posta sulle forme variabili della democrazia locale che possono rivitalizzarla sono i tasti che il suo autore preme assieme per dare consistenza alla propria melodia.

Beninteso, si tratta appunto di una ricostruzione – anche in questo caso, come nei precedenti – consapevole della complessità delle forme politiche. Come quest’ultimo autore osserva, richiamando Todorov e altri, “il primo avversario della democrazia è la semplificazione, che riduce il plurale all’unico, aprendo così la via alla dismisura”, il che lo porta a sottolineare correttamente che “il populismo è quindi una reazione, ma in fondo allineata alla corrente dominante della modernità politica: esso persevera sulla via della ricerca di un’unità (di potere) semplificante del popolo, che si vorrebbe, se possibile, ancora più uniforme di quella scaturente dalle difficili e contrastate mediazioni parlamentari. In questo senso, alleata del populismo si colloca la tecnica del sondaggio, che spiazzava l’eletto, nella misura in cui la società presume di non averne più bisogno, trovando nelle rilevazioni demoscopiche una continua rappresentazione di sé stessa. A uno stesso esito (...) può condurre la democrazia telematica”.

“I sentieri costituzionali della democrazia”, insomma, si intersecano e fallace è semmai la pretesa riduzionistica, in favore di una sola tipologia di essi: né solo rappresentativa, né solo centralizzata, essa è *anche* (non *solo*) fatta di decisioni decentrate e dirette, assunte in assemblee elettive, ma anche di fori propositivi e decisionali variabili.

Può peraltro segnalarsi che la categoria socio-politica del *civismo*, cui siffatte esperienze vengono in genere tutte ricondotte, se arricchisce di nuovi stimoli i tradizionali (ed oggi spesso esausti, chiusi e poco attraenti e dunque scarsamente mobilitanti: pochissimi appaiono oggi disposti a *morire per Danzica*, a *militare per un’idea* che sottintenda una visione generale della vita e una ferrea disciplina per assumerla e condividerla con altri) canali di attivazione politica, sconta anche un evidente limite, ossia l’incapacità a superare a volte i confini municipali e l’adesione a visioni asfittiche e rivendicazionistiche di risorse che si reclamano, a ristoro di assunte precedenti spoliazioni: una situazione che viene come fotografata dalla moltiplicazione e frammentazione delle liste presenti nelle elezioni locali

⁶⁰ F. Pizzolato, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, 2019.

svolte nelle maggiori città del Paese.

La verità è che un denominatore comune in cui il modello giuridico della rappresentanza politica e quelli convenzionalmente riconducibili a varianti partecipative (nelle quali la valorizzazione di questo profilo è da tutto un filone di riflessioni enfaticamente sottolineata, come ad escludere che l'esercizio della prima vi si possa ricomprendere) si incontrano è nella circostanza che recarsi al voto è comunque solo un primo e basico modo di partecipare, come correttamente rileva un ulteriore studio maturo del tema, già in precedenza richiamato⁶¹, ma si tratta appunto – esso prosegue – di un livello solo iniziale di coinvolgimento, oltre il quale non è detto che tutti possano o vogliano spingersi: il capoverso dell'art. 3 della Costituzione e l'art. 49 non disegnano un sistema di democrazia *militante*, né lo fa l'art. 48, a tenore del quale *il voto è un dovere pallidamente civico*, o le disposizioni che formalizzano istituti della democrazia non rappresentativa, né tale atto è – a questo primo livello – necessariamente espressione di partecipazione politica intensa. Se quella partecipativa è insomma genericamente la dimensione onnicomprensiva attuale dei processi di decisione politica e, di più, amministrativa e giudiziaria (“un meta-tema”, precisa l'ultima autrice; un contenitore, si potrebbe dire con altro linguaggio⁶²), rispetto alle sue varianti specifiche è necessario introdurre distinzioni, ma di ciò si dirà meglio nelle conclusioni che seguono.

5. Per riepilogare e concludere, tornando all'interrogativo iniziale.

Dopo avere registrato alcune riflessioni della dottrina costituzionalistica più giovane e

⁶¹ S. Lieto, *La partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, 2012, cit., 74: “Il numero dei cittadini che persegue forme partecipative diverse dal voto è [...] piuttosto basso”.

⁶² Sulla partecipazione nell'ambito dell'attività amministrativa pubblica e la sua funzione ri-fondante dell'ordinamento giuridico, si vedano già U. Allegretti, *Pubblica Amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro It.*, n. 5/1984, p. 205 ss.; Id., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli 2010; M. Bombardelli, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico della organizzazione amministrativa*, in G. Arena e F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, p. 17 ss.; S. Lieto, op. ult. cit., p. 21; G. Pepe, op. ult. cit., p. 20 ss.; su quella alla funzione giurisdizionale, in analoga prospettiva di contributo al rinnovamento, rispettivamente processuale e ordinamentale, M.A. Foddai, *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritto*, Napoli, 2017; L. Longhi, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021, *passim*, ma spec. p. 112 ss.

recente intorno allo stato teorico dell'arte in tema, chiedendo scusa a quanti non sono stati qui presi in specifica considerazione (occorreva scegliere e si era consapevoli di rischiare qualche omissione, che non va intesa come disattenzione, alla quale potere comunque in futuro porre rimedio), riavvolgiamo il filo del discorso, in parte per riepilogarlo, ma anche per riprendere fili del ragionamento rimasti non annodati fra loro.

Occorre dunque tornare all'autorevolissima citazione iniziale sull'importanza, per un costituzionalista, di non perdere mai l'ancoraggio alla realtà, giacché anzi essa va dal diritto razionalizzata e ricondotta a sistema, benché sia appena il caso di precisare che lo sguardo deve essere attento a non sopravvalutare i dati contingenti, che vanno invece inseriti in un'analisi strutturale e di lungo periodo. Per esplorare dunque qualche frammento della situazione che sta prendendo corpo, mentre si licenziano queste note, si dovrà perciò fare attenzione alla cronaca costituzionale, ma con l'indicato *caveat*.

a) Forma di governo e sistema politico: lavori in corso.

L'emergenza pandemica ha imposto una rimodulazione (che era già visibilmente in corso) dell'esperienza partecipativa, perché da un lato e necessariamente il potere pubblico si è concentrato negli Esecutivi – con forme di raccordo, dopo tensioni peraltro mai del tutto risolte, tra i livelli di governo, centrale e degli enti regionali – dall'altro si sono incrementate le manifestazioni dell'*agorà* elettronica, tanto più popolata e vociante, quanto più le piazze reali erano desertificate dall'esigenza di mantenere distanze fisiche interpersonali di sicurezza rispetto alla trasmissione del contagio.

Questo ha anche consentito di vedere con chiarezza potenzialità e limiti del populismo, inteso come ideologia dell'attivazione diretta del popolo che non viene tradotta in organi e procedimenti giuridico-formali per ascoltarne la voce, che dunque si ode, ma assieme si *raffredda*, perché sottoposta alla loro filtrazione, ma assume piuttosto la preferibilità del ricorso a strumenti giuridici che si pretendono in grado di identificare un'assunta volontà popolare *immediata* e organica, che superi le divisioni del corpo elettorale in una semplificazione dicotomica, tale per cui il *bottom up* è sempre *buono* e preferibile al *top down*. Dal loro canto, formazioni politiche che si ispiravano a tale concezione tendevano ormai già prima a strutturarsi sul piano organizzativo in misura maggiore che in precedenza, superando una fase di stato nascente *liquido* e dunque a *solidificarsi*,

diventando in sostanza non dissimili da forze politiche di struttura tradizionale, da esse prima contestate.

Dopo che infatti si era consumata, con la fine del I Governo Conte, l'esperienza del *contratto di governo* tra due forze populiste, si è formata una diversa base politica a sostegno del secondo Esecutivo guidato sempre dal professore pugliese, ma stavolta col concorso determinante di quei partiti che ancora pochi mesi prima la forza politica più numerosa delle Camere avvertiva come profondamente estranei al proprio, nuovo modo di sentire. Questa parte del *populismo di governo* ha proseguito con tale scelta il suo processo di istituzionalizzazione, ma in tal modo ha dovuto fronteggiare la ripulsa di tale indirizzo da parte di quei militanti che le contestavano il tradimento della *purezza* originaria; una diversa parte si è collocata (con una decisione all'epoca non facilmente spiegabile del suo *leader*) all'opposizione, ma in seguito, manifestatasi l'emergenza sanitaria, ha prima invocato che l'Esecutivo esponesse e concordasse in Parlamento le linee della sua gestione di essa e quindi è entrata anch'essa a fare parte di una diversa maggioranza a sostegno di un nuovo governo, impegnato a sostenere, con un'amplissima base parlamentare, le sfide della vaccinazione quanto più larga possibile della popolazione e della predisposizione del Piano Nazionale di Resilienza e Ripresa, per fruire opportunamente dei fondi resi allo scopo disponibili dall'Unione Europea.

Appare oggi evidente un accentuarsi della sospensione – già palesatasi durante la prima chiusura totale pressoché di ogni attività sperimentata dal Paese per effetto delle misure assunte a contrasto della pandemia da Covid-19⁶³ – della normale dialettica politica, con una situazione che ricorda quella postbellica degli anni immediatamente antecedenti alla Costituzione del 1948⁶⁴.

Ovviamente allora si trattò di instaurare una nuova Carta fondamentale e oggi non si è avuto il crollo di un intero assetto istituzionale e la ricerca di uno nuovo, ma l'intento di *costituzionalizzare* forze politiche antisistema è stato in sostanza analogo: oggi vediamo

⁶³ Sul profilo oggi cruciale delle valutazioni tecnico-scientifiche assunte quali presupposti delle decisioni di governo nella circostanza, *ex plurimis*, C. Acocella, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *P. A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, n. 2/2020, p. 267 ss.

⁶⁴ Sulla quale, fra molti, i classici V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, 1950 e G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, n. 1/1946, p. 61 ss. e, in tempi recenti, M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica e i problemi giuridici della continuità*, Milano, 2000 e A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, in *Nomos*, n. 2/2017, p. 2 ss.

operare un governo di (quasi) tutti, come lo fu allora quello del CLN, guidato da un *deus ex machina*, al modo di un *Papa straniero* rispetto al sistema curiale esistente (un esterno, ma non tanto estraneo ad esso da non comprenderne le dinamiche), incaricato e perciò legittimato dal massimo rappresentante monocratico del vecchio ordine, ossia dal Capo dello Stato, che lo ha prescelto quale commissario alla crisi. L'intento perseguito è quello di battere definitivamente il nemico, vale a dire il virus pandemico, che funziona da fattore ostile e che perciò unifica contro di esso il sistema degli attuali partiti, ma anche quello di utilizzare al meglio le risorse di una sorta di nuovo *piano Marshall*, oggi anzi perfino più generoso di quello originario. Con altro registro metaforico si potrebbe anche dire che ci si è trovati di fronte all'aprirsi di un procedimento che una volta (prima che fosse abrogato) si chiamava di amministrazione controllata, gestito da un commissario che affianca l'imprenditore in difficoltà per evitare il fallimento aziendale, essendo alle viste un aumento di capitale di insolita entità. Un noto giornalista ha scritto in proposito, con una brillante immagine di sintesi, che stavolta è stato il popolo che ha chiesto di essere governato dalle *élites*⁶⁵.

I governi cosiddetti *tecnici* – in realtà tanto più *politici*, quanto più è straordinaria la portata delle decisioni loro affidate e in ogni caso dipendenti dalla fiducia delle Camere – sono generalmente di durata non lunga, secondo l'esperienza storica del nostro Paese e anche quella comparata, riprendendo quota (appena superata l'eccezionalità degli eventi da fronteggiare che ne ha motivato l'avvio e che ne motiva l'ampia maggioranza di sostegno) la fisiologica conflittualità tra i partiti per accedere al Governo, escludendo altri competitori, che andranno all'opposizione⁶⁶.

Nel nostro caso, questo sviluppo è stato favorito dall'elasticità propria di una forma di governo parlamentare impiantata su un assetto sistemico non bipolare, pur infelicamente – se si considera il risultato – ricercato in anni recenti attraverso interventi *ad hoc* sul sistema elettorale, riscritto dopo due referendum abrogativi degli anni Novanta del Novecento in direzione maggioritaria, prima di essere oggetto di ulteriori interventi del legislatore e della Corte costituzionale⁶⁷.

⁶⁵ A. Polito, *Se è il popolo a volere un'élite*, in *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2020.

⁶⁶ M. Volpi, op. ult. cit., F. Duranti, *I governi tecnici nelle democrazie europee*, ivi, p. 25 ss.; A. Pierini, *I governi tecnici in Italia*, ivi, p. 43 ss.

⁶⁷ *Ex plurimis*, di recente, A. Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli, 2017.

È naturalmente impossibile prevedere se, all'esito della fase odierna della vita delle istituzioni, troverà invece una formale stabilizzazione costituzionale – che tragga spunto dalla vicenda genetica di questo Esecutivo e, fra i pochi esempi di analoghi precedenti, soprattutto dall'origine di quello presieduto dal senatore Monti – un nuovo modello di Repubblica che veda affermarsi formalmente o ulteriormente rafforzarsi una strisciante tendenza semipresidenzialista.

Certo appare da tempo evidente il manifestarsi di una virtualità dissimulata del nostro assetto costituzionale, ossia di una possibile seconda anima nascosta, sulla quale aveva richiamato l'attenzione innanzitutto chi aveva formulato a suo tempo per descriverla la teoria della 'doppia lastra' fotografica⁶⁸, in altri termini l'idea della sovrapposizione tra due immagini diverse sulla stessa pellicola, dimodoché, al di sotto dell'istantanea di parlamentarismo monista ad impronta assemblearistica, nella nostra Costituzione permaneva uno strato fotografico più profondo impressionato dall'immagine di istituti contrastanti con essa, essenzialmente fatta di un ruolo attivo e non notarile del Presidente della Repubblica e di una struttura territoriale federale. In ogni caso, l'immagine ormai classica che si adopera per descrivere le diverse fasi dell'esperienza dei singoli Presidenti, in relazione all'esercizio dei loro poteri, è la nota metafora amatiana della *fisarmonica*, il cui mantice è più aperto o più chiuso, a seconda delle circostanze concrete

Questo ruolo eventualmente interventista del Capo dello Stato, già negli eventi ordinari della vita collettiva del Paese, ma ancora di più quale gestore della totalità dei poteri nella crisi del sistema (come teorizzò Esposito) aveva, come noto, già fatto acerbamente capolino con Gronchi (cui si ispirò Barile per formulare la sua teoria dell'*indirizzo politico costituzionale*, di cui si predicavano titolari gli organi di garanzia della Carta fondamentale), poi si era colorato con Pertini di quelli che con sguardo retrospettivo possono ben essere catalogati come accenti precursori dell'odierno *populismo*, per la ricerca insistita da parte del Presidente della Repubblica di contatti diretti con l'opinione pubblica, saltando le mediazioni tradizionali e con ancora maggiore e crescente evidenza si era espresso con Cossiga e Napolitano⁶⁹.

⁶⁸ G. Maranini, *Le istituzioni costituzionali*, in *Aspetti di vita italiana contemporanea*, Bologna, 1957, spec. 32 ss.

⁶⁹ Sia concesso per questa parte rinviare al nostro *Il bivio. Due possibili esiti per una rinnovata forma di governo*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Milano, 2015, II, p. 1161 ss., che è anche nel volume di chi scrive *Costituzione, diritti umani, forma di governo Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, p. 251 ss.

La forza degli eventi ha condotto oggi anche il pur riluttante e culturalmente parlamentarista Presidente Mattarella a forzare la mano con un governo *palatino* – *rectius* quirinalizio – nel quasi generale plauso, salva soltanto l’opposizione dichiarata del partito di destra *Fratelli d’Italia*, benché essa appaia nel caso paradossale, giacché tale formazione è orientata, sul piano del proprio programma costituzionale, appunto verso un modello di Presidente della Repubblica forte, da porre a capo dell’Esecutivo, nonché del gruppo di *Sinistra italiana*, schierato sul fronte opposto.

Anche questo mutamento di clima culturale nei confronti di soluzioni o comunque di simpatie semipresidenzialistiche, per ora *de facto*, del resto presenti fin dalle abortite conclusioni della Commissione D’Alema per le riforme costituzionali, va qui segnalato⁷⁰. La dinamica appare innescata, nessuno può prevedere il futuro, ma potrebbe anche accadere che forse un giorno gli storici della costituzione italiana identifichino nel Covid-19 la nostra Algeria, mentre chi possa essere l’eventuale De Gaulle non lo sappiamo ancora.

b) La partecipazione a mezzo di *click*: è tutto oro quello che luccica?

Questo che precede era peraltro solo uno sguardo parentetico a ipotetici sviluppi futuri della forma di governo. Tornando invece al filo principale delle riflessioni di queste pagine, per ribadirle, un punto sembra da sottolineare: l’attuale *standby* del sistema dei partiti e la sostanziale emarginazione delle Camere seguita alla pandemia hanno ridato fiato a un’intensa stagione di richieste referendarie abrogative di varie leggi dello Stato. Anche questa dinamica – del tutto prevedibile, perché la politica non tollera a lungo sospensione e supplenza – esprime un bisogno di protagonismo e cittadinanza attiva da parte del popolo, che certo non appare in tale modo apatico e soddisfatto.

Qui sia però lecito dubitare che davvero l’anelasticità della possibile risposta affermativa o negativa ad un quesito referendario integri una piena istanza partecipativa in grado di

⁷⁰ Tuttavia, osservando la tendenza con molta cautela, per il rischio di una congiunzione tra spinta dal basso a un’investitura monocratica del Governo e torsione dell’equilibrio accolto in Costituzione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, come opportunamente avverte P. Marsocci, *Le tracce di populismo e plebiscitarismo nell’odierna realtà costituzionale italiana*, nella sezione *Appello al popolo e democrazia: nuove forme plebiscitarie che sanno d’antico?*, in R. Orrù, F. Bonini e A. Ciammariconi (a cura di), *La rappresentanza in questione. Giornate di diritto e storia costituzionale - «Atelier 4 luglio - G.G. Floridia»*, Napoli, 2016, p. 93 ss., ove si veda, volendo, anche la nostra *Nota introduttiva*, p. 61 ss., che anticipa in forma sintetica molti temi e toni del presente lavoro.

esaudire questa esigenza. Tutte le sedi e forme partecipative cui si è fatto sopra cenno sono invero caratterizzate da un'intensa dialogicità interna, che un semplice assenso o un rifiuto a seguito di una domanda da parte di un comitato promotore non sembrano potere surrogare nella sua articolazione e ricchezza. Il difetto rilevato poi si aggrava se l'assenso al quesito è possibile prestarlo con un semplice *click* dal proprio computer⁷¹. Si era del resto già richiamata in precedenza, pur senza indugiarvi, la lucida – e ad avviso di chi scrive definitiva – critica di Schmitt all'impoliticità di una soluzione di attivazione del popolo che fosse chiamato ad assumere decisioni politiche (che sarebbero in realtà una mera somma di opinioni private) attraverso l'impiego di meccanismi tecnologici che ciascuno potrebbe compiere dal proprio domicilio: un'intuizione stupefacente per preveggenza, dal momento che risale a una famosa opera del 1928.

c) Corpi intermedi, nuovi fori partecipativi e partiti: riaprire e oliare i canali di comunicazione.

A fronte di questa tendenza semplificatrice e direttistica – nell'Italia di oggi già resa evidente già dalla proposta di un referendum popolare propositivo a seguito di un'iniziativa qualificata su cui raccogliere firme a sostegno, chiamando il corpo elettorale a decidere sull'eventuale mancata ratifica legislativa di essa da parte delle Camere, peraltro oggi indebolite da un'assai ampia riduzione del numero dei componenti e tenendo altresì presente che già la legge costituzionale *Renzi – Boschi* aveva aperto alla possibilità di ampliare in futuro il ricorso a strumenti di pressione diretta e più intensa sulle Camere da parte dell'elettorato⁷² – sedi e forme della rappresentanza politica non possono non replicare alla sfida.

Non si tratta di rinserrarsi in difesa, ma semmai di dare il via a un contropiede, ossia di accogliere con equilibrio le novità, riaffermando peraltro la necessità ontologica della

⁷¹ Per osservazioni generali, L. Elia, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, in *Aspetti e vicende attuali*, cit., p. 103 ss. La possibilità di cui al testo è offerta oggi dall'art. 38 del d.l. 77/2021 sulle "semplificazioni" e su di essa si ascolti la voce opportunamente critica di G. M. Flick, di cui all'intervista di L. Monticelli, «*L'obiettivo dei firmatari è dare picconate al Parlamento*», in *La Stampa*, 21 settembre 2021. Ulteriori voci in termini sono state raccolte nell'articolo di V. Piccolillo, *I dubbi dei costituzionalisti sulle firme (lampo) in Rete: alla democrazia serve tempo*, in *Corriere della Sera*, 20 settembre 2021. Un'analisi generale di questi profili è già in precedenza in A. De Petris, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, cit., p. 205 ss.

⁷² E. Lamarque, *Il referendum abrogativo e l'iniziativa legislativa popolare (artt. 71 e 75)*, in F.S. Marini e G. Scaccia (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Napoli, 2016, p. 169 ss.

mediazione⁷³ e dunque di rafforzare, con l'istituzione parlamentare, i partiti, che ne sono i signori. Essi non possono peraltro più permettersi, se intendono recuperare credibilità, di comportarsi da sovrani assoluti insindacabili. La via che è imperativo imboccare, per presentarsi rafforzati all'incontro con modalità espressive del *politico* che non lasceranno il terreno di gioco ormai occupato, a parere di chi scrive è una sola: accettare e dunque promuovere una disciplina legislativa della loro democrazia interna, un controllo effettivo ma terzo sui finanziamenti e sui bilanci, una parziale pubblicizzazione delle funzioni che svolgono quando presentano candidati alle elezioni o propongono nomine in enti di controllati dagli Esecutivi, sul piano centrale e locale⁷⁴.

Del pari, l'esigenza di legalità e trasparenza dei procedimenti (condizione indispensabile per recuperare al sistema consenso, ossia legittimità etico-politica) verrà ulteriormente avvicinata apprestando una disciplina legislativa di principio all'attività lobbistica, che non può più essere ignorata nella nostra democrazia pluralista, come non lo è in altre mature consimili⁷⁵ e che perciò la integri e coordini, in modo non come oggi dissimulato, nel nostro

⁷³ Per cui sia permesso rinviare nuovamente al nostro *Elogio della mediazione*, cit., in *Federalismi.it*, n. 13/2018. La migliore dottrina della generazione più giovane rispetto a quella dello scrivente si manifesta essa pure contraria a forme di eccessiva semplificazione della logica e delle sedi topiche della mediazione parlamentare come centro della decisione politica, benché in misura diversa sia aperta a considerare con un certo favore nuovi strumenti di ascolto di frazioni del una corpo elettorale e riforma di quelli tradizionali che li renda più incisivi, sempre però in un'ottica di coordinamento e non di scontro con l'assetto parlamentare della nostra Costituzione, la stessa di cui alla linea sostenuta nel nostro testo, esprimendo del pari un *favor* verso leggi elettorali delle Assemblee parlamentari che non deprimano artificiosamente il pluralismo politico, cioè siano a base proporzionale. Si vedano infatti in termini I. Massa Pinto, *L'indissolubilità del nesso partiti – democrazia*, cit.; M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012; M. Plutino, *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Roma, 2015; R. Manfellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Napoli, 2019 e già M. Volpi, *Crisi della rappresentanza politica e partecipazione popolare*, in *Aspetti e vicende attuali...*, cit., p. 119 ss. In questo quadro assume specifico rilievo il tema cruciale del c. d. "trasfughismo parlamentare" (cavallo di battaglia, in particolare, di uno studioso che gli ha dedicato approfondite analisi: si veda – per tutte e tra le sue molte in termini – S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, 2^a ed., Firenze, 2004, cui adde Id., *Rappresentanza politica e mobilità parlamentare*, in *Aspetti e vicende attuali*, cit., p. 189 ss.) e quindi la connessa riflessione sul mandato rappresentativo libero, il cui ripensamento critico non potrebbe peraltro giammai comportarne la totale sterilizzazione, a pena – altrimenti – di vulnerare il cuore stesso del nostro assetto (e di ogni altro assetto parlamentare e di ogni altro assetto che si volesse tale: in tema, le riflessioni più recenti sono quelle di T. Fenucci, *Rappresentanza politica e libertà di mandato nell'era della "disintermediazione" digitale*, Milano, 2021, ma si veda già N. Zanon, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in *Aspetti e vicende attuali*, cit., p. 131 ss. e la ricca rassegna comparata di vari autori, nella sezione *Il principio del divieto di mandato imperativo: antico feticcio o baluardo irrinunciabile?*, in *La rappresentanza in questione*, cit., p. 135 ss.

⁷⁴ *Ex plurimis* E. Rossi, *Circa la necessità di una definizione in via legislativa del partito politico*, in *Eserciziofilosofico*, n. 3/2013, p. 431 ss.; L. Gori, *L'attuazione dell'art. 49 Cost.: un difficile esercizio. Problemi di metodo e di contenuto*, ivi, p. 451 ss.

⁷⁵ Nei limiti di un semplice richiamo bastevole a una nota, si vedano, *ex plurimis*, G. Macrì (a cura di), *Democrazia degli interessi e attività di lobbying*, Soveria Mannelli, 2016, con una *Prefazione* di T. E. Frosini,

impianto sistematico rappresentativo.

L'obiettivo di sistema è quello di rivitalizzare i partiti, che non possono essere lasciati a logiche autoreferenziali, tanto più possibili in un quadro di forte riduzione acritica dei componenti delle assemblee rappresentative, apprestando canali percorribili in trasparenza alle ricche esperienze di attivazione sociale oggi inventariabili, in un ineliminabile e fecondo dialogo di essi coi corpi intermedi⁷⁶.

Le immagini dei telegiornali che rimandano l'episodio dell'assalto di un nutrito gruppo di facinorosi *no vax* e *no green pass* alla sede centrale della Confederazione Generale Italiana del Lavoro a Roma – come quelle dell'assalto di dimostranti al Campidoglio di Washington per impedire la proclamazione del Presidente Biden o di distruzioni di beni pubblici e saccheggi di negozi, a Parigi e altrove, ad opera di elementi presenti fra i *gilet jaunes* – non possono fare concludere che ogni sensibilità minoritaria dissenziente attiva in manifestazioni pubbliche sia violenta ed eversiva. Esse inducono nondimeno a riflettere sulla deriva che in tale senso può innestarsi se vaste aree della comunità nazionale si sentono poco rappresentate dalle istituzioni esistenti, com'è del resto comprovato dal tasso crescente di astensionismo elettorale e il loro malessere venga strumentalizzato da soggetti con intenzioni di sovversione del sistema, il cui collegamento è reso più facile dalle possibilità offerte dalla telematica.

V'è dunque motivo per interrogarsi sulla tenuta della democrazia, ove le forme classiche di esercizio collettivo della politica non ricevessero nuova linfa dalla riconduzione entro di esse – in quanto destinate ad operare nelle istituzioni rappresentative una sintesi fra le istanze popolari palesatesi – delle nuove forme di attivazione collettiva delle soggettività civilmente impegnate⁷⁷.

p. 5 ss., che giustamente ne sottolinea l'esigenza e l'urgenza, proprio in rapporto alla crisi della rappresentanza politica; G. Colavitti, *La rappresentanza di interessi tra Vertretung e Repräsentation*, in *Aspetti e vicende attuali*, cit., p. 145 ss.; P. L. Petrillo, *Teorie e tecniche del lobbying. Regole, casi, procedure*, Bologna, 2019.

⁷⁶ In tema si possono leggere utilmente V. Satta, *Il pluralismo sociale nella Costituzione italiana*, in G. Bottalico (a cura di), *Corpi intermedi. Una scommessa democratica*, Milano, 2015, p. 25 ss. e più recentemente, F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio e L. Vandelli (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di, Bologna, 2019; F. Bassanini, T. Treu e G. Vittadini (a cura di), *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, 2021, su cui si legga anche la bella recensione di G. Alessandrini, *Il virus dell'individualismo radicale si combatte valorizzando i corpi intermedi*, in *Futuranetwork.eu*, 2 novembre 2020; M. Tronconi, *Perché insieme. Natura umana e corpi intermedi*, Milano, 2021.

⁷⁷ Su questa connessione si veda ora I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

**AUDIZIONE DELLA PROF.SSA MARINA CALAMO SPECCHIA*.
COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA
REPUBBLICA 6 OTTOBRE 2021, ORE 10,30.**

di Marina Calamo Specchia**

Sommario. 1. Covid tra strumenti di prevenzione sanitaria e misure giuridiche di precauzione. – 2. *Green pass* tra principio di ragionevolezza e principio di precauzione. – 3. I dubbi di legittimità sul *green pass*. – 4. Conclusione.

107

1. Covid tra strumenti di prevenzione sanitaria e misure giuridiche di precauzione.

Per prima cosa, occorre sgombrare il campo dalle semplificazioni che hanno trasformato il dibattito pubblico in una sorta di match tra favorevoli e contrari ai vaccini, fatto che mortifica qualunque forma di valorizzazione che il dialogo tra posizioni plurali è in grado di offrire anche a supporto di scelte politiche riservate alla discrezionalità del legislatore. Tanti sarebbero gli spunti su cui riflettere insieme, ma se ne individueranno solamente alcuni, che si ritiene possano contribuire allo scrutinio di legittimità dell'impianto giuridico dell'estensione del *green pass*, di cui al decreto-legge n. 127/2021.

Sullo sfondo del *green pass* aleggia un convitato di pietra: l'obbligo vaccinale.

Obbligo vaccinale sì, obbligo vaccinale no, quale è lo stato dell'arte?

Secondo quanto acclarato dalla scienza medica, il virus Covid è un virus mutante, come quello dell'influenza, e proprio per tale sua caratteristica, non ci sarebbero sotto il profilo sostanziale i presupposti scientifici per introdurre l'obbligo vaccinale: infatti, i vaccini antinfluenzali – ai quali è sovente accostato questo vaccino sebbene di nuova generazione – non sono obbligatori perché non ne hanno il presupposto base, ossia quello di creare un'immunità permanente al virus.

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale comparato – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Il testo riproduce l'audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica del 6 ottobre 2021, con qualche ulteriore riflessione in tema di presupposti di necessità e urgenza del decreto-legge.

Il vaccino non appare, pertanto, la soluzione univoca alla diffusione del virus, semmai protegge i vaccinati in modo più intenso sebbene non duraturo – gli ultimi dati confermano un crollo della protezione vaccinale dall’infezione intorno ai sei mesi dalla seconda somministrazione secondo i dati prodotti nello studio dell’andamento della campagna vaccinale nel Qatar (il paese con più vaccinati al mondo)¹ –. Dunque, l’evoluzione recente dei dati scientifici dimostra che anche i vaccinati si infettano, sebbene in forma meno grave e frequente dei non vaccinati, e possono infettare.

Gli esperti auditi nella seduta della Commissione Affari Costituzionali il 6 e il 7 ottobre 2021, in particolare i proff.ri Bizzarri, Chiusano, Donzelli, Rainisio, Cosentino (i cui interventi sono disponibili sul sito della Commissione), hanno evidenziato:

- I vaccini non hanno alcun potere immunizzante;
- I soggetti che si ammalano naturalmente sviluppano un’immunità che può durare anche oltre i 12 mesi;
- Nessuno studio ha trovato virus vivi oltre i 9 giorni di malattia, con un picco dall’esordio dei sintomi al quinto giorno di malattia;
- Il tasso di letalità varia enormemente per fasce di età, colpendo prevalentemente gli over 75 anni;
- L’impatto del virus nella fascia di età 0-34 anni è quasi pari a 0, per cui si raccomanda di sospendere immediatamente le vaccinazioni dei più giovani perché il rapporto costi/benefici è troppo basso in termini di benefici non conoscendo gli effetti dei vaccini nel medio-lungo termine;
- Il presupposto per cui i vaccinati contagiano meno dei non vaccinati è falso, poiché già dal terzo mese entrambe le categorie presentano pari indici di contagio;
- Il tasso di mortalità è estremamente raro nei giovani ed è concentrato soprattutto negli anziani con pluripatologie;
- Di contro sono aumentati significativamente i disturbi mentali nei bambini e negli adolescenti;
- La mortalità da covid è di gran lunga minore rispetto a quella indotta da comportamenti insalubri (obesità, fumo) o da incidenti stradali.

¹ Ci si riferisce allo studio presentato dal Prof. Bizzarri, nell’audizione del 6 ottobre 2021, sugli effetti della campagna vaccinale nel Qatar, H. Chemaitelly, MSc, Patrick Tang, et al., *Infection disease Epidemiology Group, Weil Cornell Medicine-Qatar, Cornell University, Doha, Qatar*, in <http://doi.org/10.1101/2021.08.25.21262584>.

- I vaccini sono consigliati solo per i soggetti anziani e per i soggetti con patologie.

Questo sta a significare che con riferimento alla ratio sottesa ai vaccini anticovid di nuova generazione, all'originaria funzione immunizzante man mano si è sostituita una funzione precauzionale, che possa prognosticamene ridurre il rischio dell'insorgenza della sintomatologia COVID più grave. Ma allo stato delle evidenze scientifiche, questa funzione preventiva la si è voluta raggiungere non attraverso una campagna vaccinale mirata a proteggere i soggetti realmente a rischio, ma con una politica di persuasione a vaccinarsi a livello generale (con la sola esclusione della fascia di età 0-11 anni).

Che il vaccino non abbia *più* una funzione immunizzante, rispetto alle informazioni originariamente diffuse dalle Istituzioni, dalla politica e dalla stampa, è un dato confermato dalla previsione della raccomandazione (obbligo al chiuso) di utilizzare sempre i dispositivi di prevenzione individuale (mascherine, gel igienizzante mani e distanziamento di un metro) anche per i vaccinati, ponendoli dunque in una posizione di sostanziale parità con i non vaccinati tenuti ai medesimi comportamenti imposti dal principio di precauzione.

La medesima conclusione della non idoneità del vaccino a produrre l'immunità di gregge è altresì confermata da un dato segnalato dall'OMS: trattandosi di una pandemia che per natura non è circoscritta nei confini di singoli Stati, l'efficacia dei vaccini è direttamente proporzionale alla velocità e capillarità di somministrazione a livello mondiale, ed è insostenibile che 10 paesi al modo abbiano acquistato il 75% delle dosi vaccinali e nei paesi a basso reddito la percentuale delle persone vaccinate oscilla dall'1,9% al 4%².

Pertanto, il vaccino anticovid permane è un'utile misura di prevenzione del contagio, purché circoscritta ai soggetti veramente a rischio e con i limiti prima evidenziati.

Accanto ai vaccini, come utile misura di prevenzione della diffusione dell'infezione e di screening, si collocano i tamponi (antigenici e molecolari, e di recente anche salivari, sebbene questi ultimi non ancora diffusi in Italia, a differenza di altri paesi europei come la Francia), ossia strumenti diagnostici che consentono con una certa approssimazione di verificare che un soggetto nell'immediato non sia infettivo, tenendo sempre presente che la diffusione del virus non dipende dallo stato di positività del soggetto, ma dal livello di carica virale. I tamponi svolgono la funzione di monitorare i casi di positività al coronavirus, sebbene la condizione di positivo – ossia di un soggetto che entrato in contatto con il virus – non comporti automaticamente la condizione di soggetto infettante, che

² V. Agnoletto, *Tutti gli errori nella gestione della pandemia*, in *Micromega*, 24 settembre 2021.

dipende dalla carica virale posseduta che il tampone, sia antigenico che molecolare, non è in grado di evidenziare.

In questo contesto in forte evoluzione scientifica ed essendo i vaccini nella fase 4 di farmacovigilanza post marketing per monitorare gli effetti nel medio-lungo periodo³ che terminerà nel 2023, a decorrere dal 6 agosto con i dd.ll. n. 52/2021, n. 105/2021 e infine n. 127/2021, sul quale verte l'odierna audizione, è stato introdotto lo strumento della certificazione verde, meglio conosciuta come green pass, per il quale la scrivente intravede plurimi profili di illogicità e irragionevolezza sotto il profilo costituzionale con riferimento al principio di ragionevolezza e di bilanciamento tra diritti, libertà e principi costituzionali.

2. Green pass tra principio di ragionevolezza e principio di precauzione.

Il punto nodale è verificare se il green pass rispetti il principio del bilanciamento tra diritti, libertà e principi fondamentali che la Corte costituzionale pone a fondamento della proporzionalità delle misure legislative, anche ove dispongano trattamenti differenziati, e se tale principio possa subire deroghe in fase emergenziale.

Per sgombrare il campo dalle tante insidie sottese a un tema, qual è quello oggi in discussione – vale a dire la tenuta del principio di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali in un regime di emergenza pandemica – che mette in relazione diritto alla salute, diritto al lavoro e principio di solidarietà, occorre partire dalla costruzione elaborata nella sentenza sul caso ILVA, la n. 85/2013, nella quale è stata elaborata la teoria del cd. *diritto tiranno*. E che concerne proprio il rapporto tra diritto alla salute, tutela del lavoro e della produzione economica.

Afferma la Corte in quella sentenza: «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»

³ Le fasi della sperimentazione sono 4: Fase 1 (Non tossicità), Fase 2 (Efficacia), Fase 3 (valutazione di efficacia rispetto ai farmaci già in circolazione, e valutazione del rapporto rischio/beneficio), cui segue il rilascio dell'Autorizzazione Standard, e l'avvio, per un periodo di 5 anni, della Fase 4 di farmacovigilanza successiva (cd. sorveglianza post-marketing). Si rinvia a: <https://www.aifa.gov.it/sperimentazione-clinica-dei-farmaci>.

(sentenza n. 264 del 2012). 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. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. 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 [...] 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».

Non a caso, in piena emergenza pandemica, l'allora Presidente della Corte Marta Cartabia nella Relazione annuale della Corte del 2019 del 28 aprile 2020, riprende e sviluppa la costruzione elaborata nella sentenza n. 85/2013: «La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvenivano 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. Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta, è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopoemergenza che ci attende».

Quando si fa riferimento alle sospensioni dell'ordine costituzionale occorre distinguere quelle situazioni formali di adozione di provvedimenti che abbiano come oggetto tale sospensione (e il panorama comparatistico è ricco di esempi in tal senso) da quelle circostanze nelle quali si assiste allo svuotamento della Costituzione che resta in vita come involucro formale: non si è al cospetto di una sospensione formale, ma si tratta di “un processo di trasformazione delle istituzioni e dei paradigmi di governo della società in cui ci troviamo. Trasformazione che tanto più insidiosa perché, come era venuto per il Fascismo, avvengono senza che ci sia un cambiamento del testo della Costituzione, ma avvengono surrettiziamente. Il modello che viene così eroso e cancellato è quello delle democrazie parlamentari con i loro diritti, le loro garanzie costituzionali, e al loro posto subentra un paradigma di governo in cui in nome della biosicurezza e del controllo le libertà individuali sono destinate a subire limitazioni crescenti” come ha efficacemente sottolineato Giorgio Agamben nella sua audizione del 7 ottobre 2021, analizzando il significato politico del green pass.

Pertanto, se – in ossequio alla giurisprudenza costituzionale e dell'impianto costituzionale *sistemico* – non è possibile istituire una gerarchia tra le varie figure di diritti fondamentali, cede anche quel principio di precauzione della *Salus Rei Publicae* che viene posto a base della presunzione assoluta di prevalenza del diritto alla salute sugli altri diritti. Il bilanciamento dei diritti deve infatti muoversi nell'ambito della relatività delle situazioni giuridiche di volta in volta in discussione e trovare il proprio punto di equilibrio che consenta di tenere fermo il nucleo di sostenibilità della limitazione di un diritto, ovvero essere ragionevole e proporzionale. La copertura dell'art 32 della Costituzione ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, ma solo a fronte di un beneficio collettivo certo ed anche a condizione che il sacrificio sia

certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per il singolo stesso: requisito che non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco, sia ancora non pienamente sperimentato (così la sentenza storica della Corte Cost. 307/90, richiamata anche dalla recente sentenza Corte Cost. 5/2018), considerato che per i vaccini anticovid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli eventuali effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine⁴.

Tale caratteristica dei vaccini anticovid legata ai tempi contratti di sperimentazione, induce timori in una parte di cittadini (timori indotti anche da una comunicazione istituzionale semplicistica, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali sono secretati, e spesso contraddittoria), i quali in assenza di obbligo vaccinale, hanno diritto a rifiutare il trattamento sanitario e il loro rifiuto va protetto con misure proporzionate in grado di tutelare anche (e non solo) l'interesse della collettività e non va caricato di significati moralistici o di effetti punitivi. E “se i vaccinati non sono più protetti da infezioni e neppure da forme sintomatiche” e “dunque, chi non si vaccina non danneggia altri, perché si dovrebbe obbligarlo a vaccinarsi?”⁵.

In questo contesto assume poi, particolare rilievo la sentenza n. 118/1996 della Corte costituzionale che, in riferimento a un danno alla salute conseguente alla vaccinazione antipolio, ha stabilito che: «[...] in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come in caso della vaccinazione antipoliomelitica che si pratica nei primi mesi di vita, chi esercita la potestà di genitore o la tutela) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri».

Questa sentenza giova a chiarire la relazione, sovente mal posta, tra diritto individuale alla salute e interesse collettivo alla salute, che si traduce nel rapporto dinamico di integrazione e non statico di prevalenza tra diritti individuali e principio di solidarietà, che richiedono quella tutela sistemica e non frazionata di cui alla sentenza n. 85/2013.

Di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o

⁴ Così il Prof. M. Bizzarri, Audizione in Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 6 ottobre 2021.

⁵ Così il Prof. Bizzarri nell'audizione citata.

della collettività futura (quella che sarà tra 5 o 10 anni)? Come è stato efficacemente affermato, “Si tratta di un interrogativo, questo, che, ancora una volta, nasce dalla impossibilità, allo stato attuale, di avere certezze acquisite in ordine agli effetti a medio e lungo termine derivanti dalla somministrazione di questi vaccini”⁶; e quindi allo stato, stante l’impossibilità di fondare l’accertamento tecnico-scientifico degli effetti collaterali da vaccino nel medio e lungo termine sull’acquisizione di dati *pro futuro*, e acclarata la funzione non immunizzante del vaccino anticovid, ne discende l’impossibilità di prevedere un obbligo vaccinale e dunque in mancanza degli elementi di ponderabilità del rischio vaccinale in merito alla misura del danno, nella valutazione degli interessi e diritti in gioco va salvaguardato anche il diritto di chi legittimamente rifiuta la vaccinazione in quanto trattamento sanitario irreversibile che incide direttamente sulla disponibilità del proprio corpo, garantita dall’habeas corpus come contenuto essenziale dell’art. 13⁷.

E proprio con riferimento al rapporto tra diritto individuale alla salute e principio di solidarietà va testata la legittimità del green pass.

Il *discrimen* è dato dal carattere non pienamente sperimento del vaccino anticovid, i cui accertamenti tecnici sull’efficacia immunizzante e sugli effetti collaterali sono suscettibili di variare nel tempo e dunque sono sostanzialmente instabili: questa peculiarità rende, in assenza di dati certi (ricordiamo che è in corso la fase 4 della sperimentazione, che è la farmacovigilanza post *marketing*) molto difficile che si possa addivenire all’introduzione di un obbligo vaccinale, trattamenti sanitari obbligatori che, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza 282/2002, poi riproposta nelle sentenze nn. 268/2017, 5/2018 e 118/2020, devono «garantire [...] l’adeguatezza delle scelte terapeutiche e l’osservanza delle cautele necessarie» sulla base dell’«obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali».

Questo non significa che i vaccini non possano essere raccomandati, anche fortemente, a tutela dell’interesse collettivo alla salute, come ci spiega la sentenza n. 5/2018, ma che le misure anche legislative adottate a tal fine devono muoversi entro il perimetro costituzionale del rispetto del principio di autodeterminazione dei singoli, in attuazione di quel principio di precauzione che non può essere riferito solo all’interesse della collettività:

⁶ A. Mangia, *Si caelum digito tegetis. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 443.

⁷ A. Mangia, *Si caelo digito tetigeris*, cit., pp. 451-452.

in tal senso va letto il divieto assoluto dell'art. 32, comma 2, per il quale «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», alla cui interpretazione concorre quanto più su richiamato dalla Corte costituzionale nel senso che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri» (sent. n. 118/1996).

In questo spazio si muove la discrezionalità del legislatore in materia sanitaria, al quale non è precluso di intervenire, ma secondo la sentenza n. 274/2014 sul trattamento medico con cellule staminali mesenchimali, «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)» o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica.

Né si può invocare il ricorso al principio cautelare di precauzione come panacea per legittimare l'adozione del green pass al fine di prevenire eventi negativi per la salute umana: questo principio, che è stato primariamente riconosciuto in sede europea a partire dal 2002 (Com/2000/01) e poi ha trovato riconoscimento anche a livello nazionale con d. lgs. n. 152/2006, c.d. *Codice dell'Ambiente* (art. 301), come principio generale dell'azione amministrativa, sebbene richieda un apposito procedimento valutativo e istruttorio e il coinvolgimento dei soggetti interessati dal provvedimento, va necessariamente messo in relazione con l'altro principio fondamentale di proporzionalità, cui deve costantemente conformarsi⁸.

Si tratta, si badi bene, di principi contenuti in fonti di natura giuridica diversa che conformano l'azione dei pubblici poteri:

- costituzionale, e dunque fonte del diritto sovraordinata sul piano nazionale, il principio di proporzionalità (art. 118 Cost.);
- legislativa, e dunque fonte del diritto subordinata alla Costituzione, cui deve rispetto ex art. 117, comma 1, il principio di precauzione.

⁸ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *Biodiritto*, 24 marzo 2020.

Ancora una volta è la Corte costituzionale a indicare la via per la corretta relazione tra i due principi: è necessario che il principio di precauzione non sia mai prevalente e che i diritti o le libertà non siano compressi, «soprattutto nei casi in cui nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica» (sentenza n. 85/2013).

Ne discende che, stante la stretta correlazione tra principio di precauzione e principio di proporzionalità un provvedimento precauzionale sarebbe illegittimo ove violasse il principio di proporzionalità e si traducesse nella violazione di diritti fondamentali e dunque in un pregiudizio degli interessi di quella stessa collettività che si vuole tutelare: un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione potrebbe comportare il rischio di veder posti in evidenza solo i singoli risultati scientifici a supporto di una determinata misura, sottovalutando i dati scientifici contrari o controproducenti.

Su queste premesse in punto di principi è possibile testare la legittimità costituzionale del *green pass*.

3. I dubbi di legittimità sul *green pass*.

Cerchiamo ora di definire la finalità del *green pass*: tale definizione è il presupposto per stabilire se la normativa sul *green pass* si muove in un solco costituzionalmente orientato.

Il nostro campo di riferimento sarà pertanto il diritto nazionale.

I vari dd.ll. che si sono succeduti, sino all'ultimo il d.l n. 127/2021, hanno progressivamente esteso l'obbligo della certificazione verde Covid-19 (c.d. *green pass*) volta a comprovare tre distinti stati: 1) avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2, stabilendo diversi termini a seconda che il ciclo vaccinale sia concluso o sia somministrata solo la prima dose; 2) guarigione dall'infezione; 3) l'effettuazione, con risultato negativo, di un test molecolare o antigenico rapido al Covid-19. In un primo momento il *green pass* aveva una efficacia di 9 mesi dallo stato certificato, distinguendo la condizione di chi è guarito per il quale la validità del *green pass* scendeva a 6 mesi; con il d.l. n. 127/2021 detto termine di efficacia è stato esteso a 12 mesi per i soggetti guariti. Il test molecolare o antigenico ha invece una validità di 48 ore, prorogata dal dl 127 a 72 ore solo per il test molecolare.

Il *salto di specie* – con una locuzione molto in voga in un contesto pandemico – del *green pass* italiano rispetto all'omologo europeo viene realizzato nei dd.ll. nn. 105, 111 e 127 del

2021.

La prima disciplina del *green pass* è contenuta nell'art. 2 del d.l. n. 52/2021, ai commi 1 e 3 e art. 9, comma 8, che stabiliscono la possibilità di spostamento dai o verso i territori in zona arancione o rossa, «oltre che per comprovate esigenze lavorative o per situazioni di necessità o per motivi di salute, nonché per il rientro ai propri residenza, domicilio o abitazione, anche ai soggetti muniti delle certificazioni verdi Covid-19 di cui all'articolo 9» nonché la necessaria conformità alla normativa europea: ed effettivamente, il *green pass* nella sua originaria versione si era posto in stretta linea di continuità con il diritto europeo tesa ad «agevolare» la circolazione a livello interno, ampliando la possibilità di spostamento anche in zone a forte limitazione di circolazione «anche» (e non solo) ai soggetti muniti di *green pass* e, a livello europeo, tra gli Stati membri, rendendo equivalenti le vaccinazioni somministrare in Stati membri UE e in Stati terzi, purché riconosciute in ambito unionale e senza obbligo di quarantena, cui resta assoggettato chi non è munito di *green pass*. Sin qui, il *green pass* mostrava quegli elementi positivi di strumento di libertà non discriminatorio che lo rendevano compatibile con il nostro quadro costituzionale.

Con i successivi decreti-legge (nn. 105, 111, 127) è stata prevista una progressiva estensione del *green pass* non più solo come strumento di agevolazione della libertà di circolazione bensì come condizione di accesso a determinati servizi e attività (locali al chiuso, bar, cinema, teatri, piscine, palestre ecc.) che incidono sulla libertà personale intesa quale dimensione non solo fisica ma anche psichica (dl 105) e come presupposto per l'esercizio di alcuni diritti fondamentali, in particolare diritto all'istruzione (dl 111) e diritto al lavoro (dl 127), realizzandosi quel salto di specie nella finalità del *green pass* di cui all'incipit del presente paragrafo.

Si è così trasformato il *green pass* da strumento di natura informativa che accerti la condizione di non contagiosità al fine di agevolare gli spostamenti nei e tra i Paesi membri in una vera e propria prescrizione obbligatoria con effetti di plurimo trattamento differenziato, che per rivelarsi legittimo deve rigorosamente rispettare il principio di proporzionalità e quello di ragionevolezza.

A questo riguardo soccorre ancora una volta la Corte costituzionale che nella decisione n. 163/1993 indica i presupposti del principio di eguaglianza che si sostanzia nel trattamento uguale di situazione eguali e nel trattamento differenziato di situazioni differenti, purché tale trattamento sia in entrambi i casi ragionevole.

Quando il trattamento differenziato è ragionevole? Secondo la Corte «ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono. In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita».

Il primo nodo da sciogliere è stabilire quale è la reale – e non apparente – finalità della normativa che disciplina il green pass: a fronte della ostentata finalità precauzionale di limitare la diffusione dell'infezione, nonostante l'incertezza delle evidenze scientifico prima evidenziate, si staglia sullo sfondo la finalità di induzione alla vaccinazione (la cd. *spinta gentile*, riprendendo la nota teoria dell'economista Richard H. Thaler e del giurista Cass R. Sunstein) che si sostanzierebbe non solo in un obbligo indiretto ma anche, con riferimento al green pass *lavoro*, in una condizione sospensiva dell'obbligazione retributiva pur in assenza della volontà di interrompere il rapporto sinallagmatico.

Con riferimento alla prima finalità siamo al cospetto di un falso mito: essa è contraddetta dal fatto, ormai acclarato da qualche tempo, che la carica immunizzante del vaccino si riduce con il passare del tempo con la conseguenza che anche i vaccinati possono infettarsi e diffondere l'infezione (rilevante per il diritto è il dato della contagiosità, non il grado di contagiosità, allo stato non misurabile dalla scienza per ciascun individuo) e che il tampone, si potrebbe dire con gergo giuridico, *dispone per il passato e non per il futuro* nel senso che cristallizza lo statu quo di non infettivo in quel momento storico ma non dà certezze per l'immediato futuro. Conferma questa linea interpretativa il fatto che a tutt'oggi si

raccomanda a tutti i cittadini (vaccinati e non vaccinati) di indossare i dispositivi di protezione, di disinfettarsi spesso le mani e di osservare il distanziamento interpersonale di almeno un metro.

Resta la seconda finalità, ossia quella di indurre una *spinta gentile* alla vaccinazione, che ormai è l'obiettivo collegato al green pass dal mondo politico e veicolata in quello mediatico: qui siamo al cospetto di un'elusione dell'art. 32, che prevede che solo una legge, ovvero un decreto legge nel rispetto del principio di legalità formale e dei presupposti costituzionali, alle condizioni prima indicate, possa prevedere un trattamento sanitario obbligatorio, con il divieto assoluto («in nessun caso») violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, che si violerebbero allorché si facesse applicazione indiscriminata del principio di precauzione quando «nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica» (sentenza n. 85/2013). Tale finalità non può essere attribuita al decreto-legge istitutivo del green pass, perché l'oggetto è diverso dall'imposizione dell'obbligo vaccinale, sostanziandosi in una induzione alla vaccinazione a fronte della minaccia di una pluralità di sanzioni dal divieto di accesso a servizi e attività alla perdita della retribuzione. Né soccorre la pur suggestiva tesi per la quale il green pass sarebbe un onere giuridico: il campo operativo primario di questa figura dagli incerti contorni giuridici è il diritto privato e l'onere (dal latino *modus*: limite) si configura come un elemento accessorio, dunque non dotato di autonomia giuridica e non coercibile, di un negozio a titolo gratuito, consistente in un comportamento richiesto al fine di conseguire un vantaggio. Ritenere che il green pass costituisca un onere significherebbe degradare a mero vantaggio da conseguire il diritto inviolabile o la libertà fondamentale, che la Repubblica riconosce come preesistenti allo Stato e il cui esercizio dall'essere garantito, ai sensi dell'art. 2 Cost., diviene subordinato all'ostensione del green pass. Al netto della considerazione che l'onere è posto *a vantaggio* dell'onerato, e non come nel caso del green pass *a svantaggio* dello stesso!

Che il green pass sia stato, al contrario, concepito come un vero e proprio obbligo giuridico è circostanza affermata dallo stesso legislatore dell'emergenza: nei dd.ll. si utilizzano espressioni come «comando», «obbligo», «sanzione» che nel linguaggio giuridico hanno un significato chiaro, univoco e interpretabile nel solo senso che emerge dal loro significato letterale. Difatti, *in claris non fit interpretatio*!

Acclarata la natura giuridica obbligatoria del *green pass*, occorre adesso procedere a verificare se esso rispetti i requisiti previsti dalla Corte costituzionale per le misure

emergenziali e non si traduca in un obbligo vaccinale indiretto che comprimerebbe il nucleo essenziale di alcuni diritti fondamentali per salvaguardarne altri in violazione di quel giudicato costituzionale che richiede il necessario bilanciamento dei diritti e dei principi fondamentali anche in regime di emergenza e introducendo delle irragionevoli disparità di trattamento. E giova qui richiamare i tre criteri che si impongono di questa verifica:

«a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati [...]; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico (mezzo) rispetto al fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita» (sentenza n. 163/1993).

Occorre adesso procedere a verificare se, sulla base dei tre criteri di ragionevolezza, la disciplina del green pass abbia requisiti posti a giustificazione della differenza di trattamento, vale a dire: necessità, temporaneità, giustiziabilità, proporzionalità e bilanciamento.

a) Necessità e temporaneità. Il presupposto della necessità e della temporaneità sembrerebbe rispettato dal dd.l. in questione e dal d.l. n. 127/2020¹ in particolare, almeno sul piano formale, trattandosi di misure che trovano il loro fondamento in una serie di decreti legge, per loro natura atti temporanei con forza di legge, il cui presupposto di necessità e urgenza va rintracciato nella dichiarazione di emergenza sanitaria adottata dal consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 secondo quanto previsto dall'art. 24, comma 3, del d.lgs n. 1/2018 (codice della protezione civile): al netto di tutte le considerazioni in merito all'idoneità di un simile procedimento a fondare la dichiarazione di emergenza sanitaria, si profila un dubbio di legittimità in merito alla proroga dell'emergenza prevista dal dl 105/2021: in base al comma 3 dell'art. 24, «la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi». Senonché, se lo stato di emergenza è stato dichiarato dal 31 gennaio 2020 al 31 luglio 2020 e il primo atto di proroga risale alla deliberazione del Consiglio dei ministri del 29 luglio 2020, come si legge testualmente nell'art. 1 d.l. n. 105/2020¹, se ne deduce che il termine massimo di proroga di 12 mesi previsto dal codice della protezione civile è spirato il 31 luglio 2021 e che il d.l. n. 105/2021, che ha prorogato al 31 dicembre 2021 lo stato di

emergenza (unico caso in Europa, *sic!*) e i successivi dd.ll. n. 111/2021 e n. 127/2021 si pongono al di fuori del circuito di legittimazione offerto dalla dichiarazione di emergenza ed eludono il disposto dell'art. 24, comma 3, citato. E dunque, verrebbero meno quei presupposti di straordinarietà, acclarati nella dichiarazione di emergenza sempre richiamata nel preambolo del decreto, in base ai quali il Governo, ha ritenuto legittimo imporre attraverso il *green pass* condizioni stringenti di esercizio di alcuni diritti e libertà fondamentali (libertà personale nella sua dimensione psichica; diritto di istruzione; diritto al lavoro). Infine, la sostenibilità di tali misure è direttamente proporzionale alla temporaneità delle stesse; temporaneità facilmente aggirabile attraverso il meccanismo della reiterazione del decreto-legge, pur non coperto dalla dichiarazione di emergenza, il cui termine massimo di proroga è scaduto venendo meno il presupposto giustificativo della deroga ai diritti fondamentali anche se temporanea, nei limiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale.

Sotto il profilo sostanziale, va rilevata l'irragionevolezza dell'inasprimento delle misure di precauzione con l'estensione del *green pass* nei luoghi di lavoro pubblici e privati, nelle scuole e nelle Università a fronte della coeva decisione del Governo di allentare le misure di contenimento estendendo al 100% la capienza di cinema, teatri e musei (senza obbligo di distanziamento di un metro) e riaprendo le discoteche con una capienza del 50% al chiuso e del 75% all'aperto: delle due l'una, se permane lo stato di emergenza, allora irragionevole è l'allentamento delle misure, se non permane lo stato di emergenza, stante la bassa curva di contagio secondo gli ultimi dati dell'ISS, allora viene meno il presupposto giuridico del *green pass*.

Va altresì, segnalato che il d.l. n. 127/2021 si configura come un decreto a efficacia differita, ovvero in attesa di attuazione, considerato che l'entrata in vigore delle misure in esso previste è stata rinviata a un termine fisso successivo alla sua pubblicazione, ossia al 15 ottobre. Si tratta della nota teoria dell'autoapplicatività per la quale per i decreti legge vale la regola della immediata vigenza alla quale è collegata l'urgenza del provvedere, di cui all'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988, nella parte in cui prevede che «i decreti devono contenere misure di immediata applicazione». Sull'autoapplicatività del decreto-legge e sulla capacità vincolante di dell'articolo 15, l. n. 400/88 si è pronunciata la Corte costituzionale nella decisione 220/2013 stabilendo, da un lato, che i «decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari [...] sono destinati ad operare

immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità» per le quali il citato art. 15 ha previsto che il decreto legge debba contenere misure di immediata applicazione; e, dall'altro, che l'art. 15 l. n. 400/1988 «pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge [...], che entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo». In definitiva, previsioni di «processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, [...] mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale». La violazione dell'art. 15 citato, in quanto fonte interposta a forza passiva rinforzata in senso materiale⁹, si tradurrebbe nella violazione dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione.

b) Giustiziabilità. Il green pass essendo disciplinato da un atto avente forza di legge, che è giustiziabile solo per illegittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, con la conseguenza che il ricorso di costituzionalità di un decreto-legge, per sua natura norma incerta, sarebbe soggetto all'alea della conversione o della sanatoria, a pena di inammissibilità (Corte cost. sentenza n. 37/2003). Inoltre, in assenza di legge di conversione o di sanatoria, permarrebbero quegli effetti irreversibili prodotti dalla induzione alla vaccinazione¹⁰. Le sanzioni eventualmente irrogate restano impugnabili dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria.

c) Proporzionalità e bilanciamento. Il *green pass*, istituito con il d.l. n. 52/2021 e progressivamente esteso all'accesso di attività o servizi e infine con il d.l. n. 127/2021 esteso a tutto il mondo del lavoro pubblico e privato, introduce una sorta di presunzione di non contagiosità dei cittadini che si sono vaccinati o se non vaccinati si siano sottoposti a tampone o siano stati dichiarati guariti dall'infezione.

Il *green pass*, pur non prevedendo *apertis verbis* un obbligo vaccinale, istituisce innegabilmente un trattamento differenziato tra vaccinati e non vaccinati in merito all'accesso ai luoghi di lavoro. La prova di resistenza di tale trattamento differenziato va

⁹ A. Iannuzzi, Osservazioni sulla delega "taglia-inattuazione", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella Legge Madia, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2016.

¹⁰ A. Mangia, *Si caelo digito tetigeris*, cit., p. 451 ss.

condotta rispetto ai principi di ragionevolezza delle misure adottate, con riferimento all'intrinseca coerenza del sistema di tracciabilità imposto, e di proporzionalità, con riferimento al rapporto mezzi/fine del decreto- legge e al bilanciamento tra diritti egualmente garantiti dalla Costituzione. Ancora una volta la bussola è rappresentata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sul principio di eguaglianza.

È noto che il principio di eguaglianza sia stato declinato dalla giurisprudenza costituzionale anche nel senso che situazioni diverse possano essere trattate in modo diverso. Si veda per tutte, la sentenza n. 163/1993 già richiamata che, indubbiamente, offre un robusto percorso interpretativo per testare la resistenza delle misure differenziate adottate con il *green pass*. Tale valutazione va condotta con riferimento all'oggetto del d.l n. 127/2021, che è quello di riservare l'accesso ai luoghi di lavoro pubblici e privati ai soli possessori di *green pass*, il cui obbligo di possesso viene sanzionato, in caso di mancanza, con la perdita della retribuzione: tale previsione è finalizzata, si legge nella rubrica della legge, ad «assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde Covid-19 e il rafforzamento del sistema di screening».

In relazione ai tre parametri prima evidenziati occorre subito evidenziare una distonia di fondo: in assenza di obbligo vaccinale, è giustificata la creazione di due categorie di cittadini – i vaccinati e i non vaccinati – e il loro trattamento differenziato?

Ad avviso della scrivente, non essendo obbligatoria la vaccinazione, ad eccezione del comparto sanitario, chi non si vaccina sta semplicemente esercitando un proprio diritto, e quindi non può esistere trattamento differenziato in considerazione del libero esercizio di un diritto, che non può comportare la previsione di sanzioni di sorta nei confronti di chi legittimamente lo esercita: trattasi di una minoranza, che deve ricevere tutela nel nostro ordinamento, considerato che uno Stato democratico e costituzionale si caratterizza più per il grado di tutela delle minoranze che per il principio maggioritario.

Né soccorre la circostanza che il trattamento differenziato si sostanzia nella previsione di mezzi alternativi alla vaccinazione, come il tampone, perché in ogni caso la differenza di trattamento deve rispondere al criterio della proporzionalità nel senso che il mezzo deve essere adeguato al fine che la norma si propone di conseguire e soprattutto l'alternativa posta al vaccino deve essere equivalente «in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita» (sentenza n. 163/1993 prima richiamata).

Il tampone risponde ai suddetti requisiti di misura adeguata e proporzionale?

Il tampone ha validità di 48 ore, termine ora esteso a 72 ore per il tampone molecolare che però in assenza di sintomi evidenti può essere effettuato solo presso centri di analisi privati e a costi elevatissimi, per cui la scelta cade sul tampone antigenico a prezzi calmierati e quindi si finisce con l'imporre surrettiziamente un obbligo di tampone quasi quotidiano per svolgere l'attività lavorativa necessaria a garantire il dignitoso sostentamento proprio e della propria famiglia (art. 36, comma 1, Cost.).

Proprio per queste sue caratteristiche tale previsione non è idonea a essere considerata una congrua alternativa alla somministrazione vaccinale e pertanto la differenza di trattamento non supera l'obiezione del divieto di distinzioni dei cittadini sulla base di condizioni personali di cui all'art. 3, comma 1, Cost.

Inoltre, la misura introduce un profilo di disparità di trattamento interno alla categoria dei lavoratori privati tra i lavoratori delle imprese private con più di 15 dipendenti e i lavoratori delle imprese con meno di 15 dipendenti: mentre gli imprenditori con più di 15 dipendenti non possono sostituire i lavoratori presunti assenti poiché tali assenze *ex lege*, secondo quanto prescrive l'art. 3, comma 6, d.l. n. 127/2021, non sono causa di sospensione del rapporto di lavoro e di conseguenze disciplinari, gli imprenditori con meno di 15 dipendenti, ex art. 3, comma 7, d.l. n. 127/2021, hanno la possibilità di sospendere il lavoratore non in possesso del green pass. Da tale *congelamento* del potere di organizzazione del lavoro nella propria azienda, ne consegue un *vulnus* anche del principio di libertà di iniziativa economica ex art. 41, comma 1, Cost. e un aumento del rischio di impresa. L'effetto prodotto dal d.l. n. 127/2021 potrebbe, pertanto, rivelarsi contrario al fine apparente che la normativa si propone di conseguire, enunciato nella relazione al d.d.l. 2394 di conversione, ossia quello di stimolare la ripresa dell'economia in sicurezza e nel rispetto delle garanzie costituzionali del diritto al lavoro e della libertà di impresa.

Il terzo rilievo di disproportionalità attiene alla non equivalenza economica delle misure previste dal green pass in alternativa tra loro: alla gratuità del vaccino e della certificazione di guarigione non corrisponde la gratuità dei tamponi. Né è sufficiente richiamare che sono stati previsti prezzi calmierati, perché il principio di proporzionalità non si nutre di presunzioni assolute ma richiede la valutazione concreta del rischio di potenziale discriminazione: è innegabile che l'incidenza degli effetti di tale misura graverà in particolar modo sui ceti a reddito basso e la non gratuità del tampone introduce una seconda

(odiosa) disparità di trattamento fondata sulle condizioni economiche dei lavoratori, distinguendo all'interno della categoria dei non vaccinati tra abbienti e non abbienti e introducendo così delle vere e proprie disuguaglianze di classe sociale.

Ne discende, pertanto, che siamo di fronte in realtà a una molto significativa *induzione al vaccino*, che non viene reso obbligatorio, ma che non è nemmeno semplicemente *raccomandato*, divenendo di fatto un condizionamento per l'esercizio di diritti di rango costituzionale e rivelandosi un *obbligo dissimulato*.

In altre parole, la raccomandazione vaccinale appare legittima quando, a tutela della minoranza che rifiuta legittimamente il vaccino, concorre con altri strumenti alternativi ed equivalenti in senso sostanziale a porre argini alla diffusione dell'infezione, non bastando la mera previsione formale. Qualora questa condizione di equivalenza non sia rispettata, ne risulta violato non solo il principio di eguaglianza formale sotto il profilo delle condizioni personali e sociali, ma anche il dovere inderogabile della Repubblica di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana (eguaglianza sostanziale art. 3, comma 2, Cost.).

Siamo al cospetto di un obbligo surrettizio che non produce responsabilità in caso di morte o di lesioni personali prodotte dagli effetti collaterali: si rammenta infatti che l'art. 3 del d.l. n. 44/2021 ha previsto che «per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». Lo scudo penale, che prova l'incertezza del dato scientifico sulla sperimentazione dei vaccini tanto da rendere opportuna un'esenzione di responsabilità, si pone in contrasto con il principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge e al diritto di difesa, considerato che «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali» che nella fattispecie attengono al sacrificio dei diritti della parte civile e della vittima dei reati scudati,

che si traducono altresì nella lesione della dignità personale (sentenza n. 24/2004).

Dunque, è al rispetto della persona umana che va guardato quando si introducono misure potenzialmente lesive del principio di eguaglianza e della dignità della persona, che è il baricentro della nostra democrazia costituzionale. La dignità della persona è il “criterio di misura della compatibilità dei bilanciamenti, continuamente operati dal legislatore e dai giudici, con il quadro costituzionale complessivo. Sarebbe necessario, in occasione di ogni operazione di bilanciamento, chiedersi se il risultato incide negativamente sulla dignità della persona, oppure se rimane intatta la sua consistenza”¹¹.

4. Conclusioni.

Il rapporto tra diritto collettivo alla salute che si presume di salvaguardare con il green pass, al netto di tutte le considerazioni prima esposte sulla “tenuta” dei vaccini sotto il profilo del contagio, e diritto al lavoro non risulta adeguatamente bilanciato dal dl 127/2021, che è assimilabile alle leggi-provvedimento per il contenuto dettagliato e settoriale delle misure adottate e va assoggettato ad uno stretto scrutinio di costituzionalità in considerazione del pericolo di trattamento differenziato insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio (sentenze nn. 2 e 153 del 1997, n. 364 del 1999 e n. 429 del 2002) soprattutto con riferimento al necessario bilanciamento di diritti e principi che non viene superato dallo stato di emergenza.

Come si legge in modo chiaro e lapidario nella sentenza n. 137/2009: “*Dalla giurisprudenza costituzionale si ricava che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è pur vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di eguaglianza ed imparzialità. In altri termini, la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'eguaglianza tra i cittadini*”.

In questa prospettiva il dl 127 con riferimento al necessario bilanciamento tra tutela

¹¹ G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11.

collettiva della salute e diritto al lavoro introduce una doppia disparità di trattamento: tra vaccinati e non vaccinati, in merito alla non equivalenza delle modalità di somministrazione delle misure previste, e nell'ambito della categoria dei non vaccinati tra abbienti e non abbienti, avallando una sorta di aberrante principio di eguaglianza modulato sull'appartenenza di classe socio-economica.

Vale appena la pena di evidenziare che i rilievi di incostituzionali per disparità di trattamento sono estensibili anche ai decreti-legge che hanno progressivamente ampliato l'obbligo del green pass nelle scuole e università. Anche qui siamo in presenza di differenze di trattamento che non rispettano il principio di proporzionalità con riferimento al trattamento giuridico omogeneo dei soggetti che compongono la classe che si vuole sottoporre a disciplina differenziata: nella specie non si comprende la ragione per cui gli studenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado della fascia di età da 12 a 18 anni siano esentati dalla presentazione del green pass per accedere nei locali scolastici, nel mentre gli studenti universitari se vogliono accedere ai locali universitari per seguire le lezioni devono presentare il green pass, nonostante gli stessi versino le ingenti tasse universitarie per esercitare il proprio diritto allo studio. Per questi ultimi – se non vaccinati – si ripropongono, pertanto, le medesime considerazioni fatte in merito all'obbligo di tampone ogni due giorni che produce una discriminazione sociale sulla base del reddito e che si traduce nella violazione dell'art. 3, comma 1, sotto il profilo divieto di discriminazione sulla base delle condizioni personali e sociali.

Tali disparità di trattamento seguono all'inasprimento delle misure di prevenzione in un contesto pandemico decisamente mutato sotto il profilo dell'incidenza nazionale del virus e che registra un costante significativo calo di contagi: né è congruo invocare il comunicato OMS che tiene ferma la dichiarazione internazionale di emergenza pandemica, considerato che tale dichiarazione non può non tener conto dell'evoluzione del virus a livello mondiale, mentre le misure di contenimento del contagio sono proprie del diritto nazionale e devono essere adeguate, sulla base dei comuni principi transnazionali contenuti nei trattati posti a tutela dei diritti fondamentali (rispetto della vita privata e familiare, rispetto della dignità personale, principio di non discriminazione ecc.), allo stato di fatto dell'andamento dei contagi nel singolo Stato considerato e messe in relazione con il complesso dei diritti fondamentali e principi costituzionali propri di quell'ordinamento giuridico.

Inutile sottolineare gli innumerevoli profili di irragionevolezza dell'obbligo di ostensione

del green pass: se il fine è il contenimento del contagio non si comprende la ratio per cui i giovani minorenni devono avere il green pass per andare in palestra o in piscina, ma non per andare a scuola; così come il lavoratore deve avere il green pass per accedere ai luoghi di lavoro o per prendere un treno interregionale, ma non per utilizzare il mezzo pubblico. Sfugge la ratio di tali provvedimenti, a meno che con essi non si intenda in realtà disseminare la vita dei cittadini di tanti *pungoli* che li spingano a effettuare la scelta vaccinale, secondo la nota teoria della *spinta gentile* prima richiamata. Tali pungoli non sono però scevri da vincoli e da limiti.

L'obbligo di *green pass* esteso a tutti i lavoratori pubblici e privati, ivi compresi gli studenti (universitari, ma anche non universitari) che secondo una dottrina sono anch'essi considerati come lavoratori perché attraverso lo studio partecipano al progresso materiale e spirituale del Paese, ponendo nell'art. 1 Cost. come fondamento della Repubblica una nazione ampia di lavoro¹², introduce infatti evidenti e irragionevoli disparità di trattamento e pertanto in assenza dei presupposti tecnici (accertamenti tecnico-sanitari sulla contenzione del contagio da parte dei vaccinati, dei guariti e dei soggetti sottoposti al tampone) e procedurali (assenza del presupposto di necessità, considerato che allo stato attuale può dirsi superato il periodo di emergenza pandemica tanto sul piano formale ex art. 24, comma 3, d.lgs. n. 1/2018, quanto sul piano sostanziale, come hanno dimostrato le audizioni scientifiche del 6 e 7 ottobre 2021¹³), il d.d.l. 2394 di conversione del d.l. n. 127/2021 andrebbe respinto o, in alternativa, radicalmente riformulato perché adottato in violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 13, 32, 33, 34, 36, 41, 77 Cost.

Si auspica pertanto una pronta modifica di detto provvedimento, anche alla luce delle risultanze scientifiche illustrate nell'audizione del 6 e 7 ottobre 2021, considerato che ormai

¹² Ci si riferisce alla teoria di C. Esposito, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, e in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, da cui la citazione a p.12: "Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art.4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi".

¹³ Ricordiamo che il prof. Leopoldo Salmaso nell'audizione del 7 ottobre 2021 ha precisato che l'emergenza pandemica è terminata sulla base del rischio di contagio che corre un lavoratore non vaccinato che è pari a 1/18.000

si versa in una situazione di diffusione del virus più bassa d'Europa e optando per una campagna vaccinale mirata ai soli soggetti a rischio (anziani e pluripatologici) che sono quelli sui quali si è dimostrata la positiva ricaduta in termini di costi/benefici della somministrazione del vaccino, vale a dire l'abbassamento del rischio di sviluppare la malattia con sintomatologia grave. Nel mentre occorre sospendere qualunque ipotesi di estensione della vaccinazione ai bambini e agli adolescenti, considerato che questi ultimi sono per lo più asintomatici oppure si contagiano in forma non grave.

Nel caso in cui, nonostante l'evidente non adeguatezza del mezzo (il *green pass*) rispetto al fine (garantire la ripresa economica in *sicurezza*) come ampiamente dimostrato da autorevoli scienziati nel corso delle audizioni del 6 e 7 ottobre, il legislatore ritenesse di tener fermo il *green pass*, alcune delle evidenziate disparità potrebbero essere ridotte nell'impatto sulla minoranza dei non vaccinati, prevedendo almeno questi due emendamenti-base:

- prevedere la gratuità dei tamponi, rendendo disponibili anche i tamponi salivari, come strumento di generale di tracciamento del virus,
- consentire ai datori di lavoro di agevolare, ove le condizioni organizzative lo consentano, la scelta tra lavoro in presenza e lavoro a distanza senza obbligo di *green pass*.

Sotto quest'ultimo profilo, un'interpretazione in senso restrittivo sarebbe illogica perché in contrasto con il fine del d.l. n. 127/2021 che impone l'obbligo del *green pass* per *accedere* ai luoghi di lavoro, non per l'esercizio dell'attività lavorativa ove la stessa si svolga al di fuori dei luoghi di lavoro. Ragionando in senso opposto, significherebbe trasformare il *green pass* stesso in uno strumento punitivo nei confronti di abbia scelto di esercitare il proprio diritto di rifiutare un trattamento sanitario non obbligatorio, introducendo di fatto un obbligo vaccinale surrettizio, illegittimo per carenza dei necessari presupposti (nella specie quegli accertamenti tecnico-scientifici). Il *green pass*, come efficacemente sostenuto dal prof. Agamben, diventerebbe il premio per l'adesione a un obbligo vaccinale surrettiziamente imposto.

In questo senso, affinché possa dirsi pienamente rispettato il principio di ragionevolezza, il vaglio di legittimità del d.d.l. 2394 di conversione del *green pass*, per il quale la discrezionalità del legislatore non è piena perché limitata dagli accertamenti tecnico-scientifici a tutela della dignità e dell'integrità psicofisica della persona, espone il legislatore a uno stretto scrutinio di costituzionalità a causa del vincolo tecnico che deve

indirizzare la sua scelta (cd. discrezionalità tecnica)¹⁴, come precisato a partire dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002 che precisa i confini tra disciplina della cura e rispetto della dignità della persona che è opportuno qui richiamare: «la pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica [...] Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia... - Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire. Così, ad esempio, sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici "a rischio", onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie. Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche» che sono affidati a specifici procedimenti che condizionano la scelta del legislatore».

E in questo senso, sono ravvisabili plurimi profili di illegittimità che investono il fondamento giuridico del *green pass*:

- carenza dei presupposti di necessità e urgenza dei dd. ll n. 105, 111, 127;
- erronea valutazione dei presupposti, stante la pluralità di soggetti e di accertamenti che svolgono funzioni diverse a seconda degli ordinamenti di riferimento, che non sono perciò fungibili, quali dei tanti accertamenti deve costituire la base scientifica¹⁵;
- falsi presupposti in relazione al rapporto costi/benefici: evidenze scientifiche mostrano che ai fini dello screening per il tracciamento del virus molto più efficaci ed economici

¹⁴ Sul rapporto tra diritto e scienza si rinvia a A. Mangia, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, p. 51 ss.

¹⁵ A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris*, cit., p. 434 ss.)

sono i tamponi, essendo ormai acclarato che i vaccinati al terzo mese dalla seconda dose contagiano in modo eguale ai non vaccinati¹⁶;

- irragionevolezza delle scelte legislative in relazione a una pluralità di trattamenti differenziati non proporzionati;

- omesso bilanciamento tra diritto individuale alla salute, interesse collettivo alla salute, diritto all'istruzione e diritto al lavoro e tutela della dignità della persona.

In conclusione, la dottrina esposta nel caso ILVA, che non ammette «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», viene confermata e richiamata come indirizzo interpretativo delle fonti del diritto della pandemia e dei loro effetti sulla «tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

Parafrasando Giorgio Orwell, nel nostro ordinamento non esistono “diritti più fondamentali di altri” e pur in momenti di crisi è nell'ordine costituzionale che va ricercata la “bussola”.

Abstract: L'audizione, che prescinde da ogni valutazione politica, cerca di dissipare alcuni dubbi in merito alla natura giuridica del green pass con riferimento al delicato rapporto tra tutela della salute collettiva, proporzionalità della misura e rispetto dei diritti costituzionali, mettendo in luce alcune criticità che possano orientare la scelta del legislatore verso opzioni costituzionalmente orientate.

Abstract: The hearing, which disregards any political assessment, seeks to dispel some doubts about the legal nature of the green pass with regard to the delicate relationship between the protection of collective health, proportionality of the measure and respect for constitutional rights, highlighting some critical issues that may guide legislator choices towards constitutionally oriented options.

Parole chiave: Diritti fondamentali – Proporzionalità – Certificazione verde – Poteri emergenziali – Costituzione.

¹⁶ Si veda la relazione di Marco Cosentino per l'audizione del 7 ottobre 2021, pubblicato sul sito della Commissione (link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/389/COSENTINO.pdf)

Key words: Basic rights – Proportionality – Green pass – Emergency power – Constitution.

SULL'INOPPORTUNITÀ DI INTRAPRENDERE UN PERCORSO DI RIFORMA DEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO IN TEMPO DI *NEXT GENERATION EU*.*

di Luca Bartolucci**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Sull'inopportunità di intraprendere una riforma costituzionale sul procedimento legislativo. – 3. Le procedure in questione tra patologico e necessario. – 4. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e i suoi effetti sui metodi e sulle tecniche della legislazione. – 5. Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma regolamentare sul procedimento legislativo.

1. Premessa.

Dopo la bocciatura della riforma costituzionale Renzi-Boschi nel dicembre 2016 e dopo oltre trent'anni di riflessione su riforme costituzionali *organiche*, il legislatore costituzionale ha deciso di seguire la strada delle micro-revisioni costituzionali, più o meno condivisibili.

In primo luogo, la riforma *puntuale* sulla riduzione del numero dei parlamentari¹, che richiede una serie d'interventi normativi attuativi², dalla legislazione elettorale ai regolamenti parlamentari: per capirne gli esiti, infatti, bisognerà attendere il processo di attuazione. Dunque, principalmente, sarà dalla riscrittura dei regolamenti parlamentari che si potrà valutare compiutamente se quella riforma ha fatto *bene* o *male* alle istituzioni: se,

* Sottoposto a referaggio.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico – LUISS “Guido Carli”.

¹ Non si può parlare tuttavia, in questo caso, di “manutenzione” costituzionale: quest'ultima, infatti, non è innovativa e non ha l'obiettivo di risolvere problemi, mentre nel caso della riduzione dei parlamentari non può non scorgersi un forte intento di innovare. Sulla manutenzione costituzionale, cfr. M. Decaro, N. Lupo e G. Rivosecchi, *Introduzione. La “manutenzione” della giustizia costituzionale italiana: un'opera necessaria, da non lasciare solo alla Corte costituzionale*, in M. Decaro, N. Lupo e G. Rivosecchi (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura, Torino, 2012, *passim*.

² E. Catelani, *Riforme costituzionali: procedere in modo organico o puntuale?*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020, p. 19.

cioè, avrà reso più efficiente e più autorevole il Parlamento³ oppure se, al contrario, contribuirà a svilire il suo ruolo nel sistema istituzionale⁴.

In secondo luogo, un'altra riforma costituzionale di *microchirurgia* è intervenuta sull'art. 58 Cost., sopprimendo la disposizione del primo comma secondo la quale il Senato è eletto da coloro che hanno compiuto il venticinquesimo anno di età. Viene, dunque, parificato l'elettorato attivo per le due Camere. La riforma è stata approvata in prima deliberazione dal Senato il 9 settembre 2020, senza modificazioni rispetto al testo approvato dalla Camera dei deputati, in sede di prima deliberazione, il 31 luglio 2019 e, in seconda deliberazione, l'8 luglio 2021 dal Senato stesso⁵. Si tratta di una riforma divenuta indifferibile dopo la conferma del bicameralismo paritario che ha fatto seguito al fallimento della riforma Renzi – Boschi, posto che interviene su una *insopportabile* deroga al principio di eguaglianza del voto “in entrata”⁶.

In questo (breve) contributo ci si chiede se, oltre all'attuazione della riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari e quella sull'elettorato attivo del Senato, possa essere questo il momento opportuno per approvare ulteriori riforme costituzionali, meno puntuali, che vadano ad incidere sul bicameralismo e, pertanto, sul procedimento legislativo, oppure riforme dei regolamenti parlamentari, con l'obiettivo di rendere più funzionale il procedimento legislativo stesso. In particolare, si ritiene che, sebbene alcuni interventi *conseguenziali* alla riforma costituzionale sul numero dei parlamentari siano inevitabili e necessari, più incisivi ritocchi in materia di procedimento legislativo siano sconsigliabili nella fase attuale: sembra pertanto necessario *fare qualcosa* per far funzionare il Parlamento a ranghi ridotti, ma il meno possibile.

³ G. Cerrina Feroni, *Riduzione del numero dei parlamentari e applicabilità delle leggi elettorali* (audizione presso la Commissione I Affari Costituzionali), in *Rivista AIC*, n. 3/2019, p. 5.

⁴ D'altro canto, come si nota in A. Patroni Griffi, *La riduzione del numero dei parlamentari: uno specchio per le allodole?*, in *Federalismi.it*, 28 aprile 2020, p. 2, un minor numero di parlamentari può tradursi in un effettivo, ulteriore indebolimento della rappresentanza.

Peraltro, alla legge costituzionale già approvata e a quella che riposa in Parlamento se ne affiancano altre, come quella sulle leggi di iniziativa popolare e sul referendum consultivo che sembrano accantonate, dopo una spinta nella parte iniziale della legislatura. Inoltre, deve essere anche considerata la riforma agli artt. 9 e 41 Cost.: cfr., sul punto, I.A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021. Sia anche consentito un rinvio a L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle future generazioni nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 6 luglio 2021.

⁵ Con 178 voti favorevoli, 15 contrari e 30 astenuti, la proposta di legge costituzionale AS. 1440-B, recante “*Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica*” (già approvata dalla Camera dei deputati in seconda deliberazione il 9 giugno 2021).

⁶ N. Lupo, *Il “mezzo voto” ai cittadini più giovani: un'anomalia da superare quanto prima*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, p. 71 ss., spec. p. 72 ss.

Per spiegare tale posizione, sembra appena il caso di delineare velocemente il quadro di contesto. Come è noto, l'Unione europea ha reagito alla crisi pandemica con una serie di misure economico-finanziarie⁷, tra le quali la più rilevante è stata il *Next Generation EU*. Si tratta di un primo embrione di debito comune, di natura temporanea, col quale finanziare un'Unione più resiliente, moderna e sostenibile, in grado di riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione⁸, anche attraverso un vero e proprio cambiamento di paradigma: dal *vincolo esterno* quantitativo ad un nuovo *indirizzo qualitativo* per l'utilizzo delle risorse dell'Unione. In un momento nel quale ricorrere al debito è apparsa l'unica soluzione per evitare il collasso dei sistemi economici, l'Unione europea ha creato uno strumento per ricostruire l'Europa *da e per* le nuove generazioni, con una attenzione particolare all'impiego delle spese che verranno fatte a debito. Questa peculiare concentrazione si esprime attraverso un rigoroso meccanismo di condizionalità tra risorse e riforme: le prime saranno erogate periodicamente, in base allo stato di avanzamento dei lavori, sia *fisici* (gli investimenti) sia giuridico-legislativi (le riforme).

I Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza, infatti, si basano sulle Raccomandazioni Specifiche per Paese del 2019 e del 2020, in modo da affrontare tutti quei nodi che – in tempi normali – sono stati invece spesso ignorati (come dimostra lo scarso livello di attuazione delle Raccomandazioni Specifiche per Paese in Italia)⁹. Il sistema istituzionale italiano dovrebbe pertanto riuscire a fare, in poco più di cinque anni, quello che non è riuscito a fare in più di cinque decenni, grazie a questa *finestra di opportunità* e al fortissimo incentivo economico che l'UE sta offrendo, tramite il meccanismo di condizionalità tra finanziamenti e riforme.

⁷ Sia consentito un rinvio a L. Bartolucci, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 1/2021, p. 154 ss.

⁸ Cfr. Commissione europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, Bruxelles, 27/05/2020 COM(2020) 456 final: «le scelte che facciamo oggi definiranno il futuro della prossima generazione. I massicci investimenti necessari per rilanciare le nostre economie devono alleggerire l'onere che grava su di esse, non appesantirlo. Per questo motivo il piano di ripresa dell'UE deve guidare e costruire un'Europa più sostenibile, più resiliente e più giusta per la prossima generazione» (p. 2); «da qui, la necessità che la ripresa sia equa ed inclusiva, affronti le disparità e le disuguaglianze evidenziate o acuite dalla crisi e promuova la coesione territoriale. Il punto di partenza è la solidarietà: tra persone, generazioni, regioni e paesi» (p. 11).

⁹ Sul punto, cfr. G. Menegus, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Oss. sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1452 ss., spec. p. 1485 ss. e p. 1491 ss. Come si nota in C. Mariotto e F. Franchino, *L'attuazione delle raccomandazioni specifiche all'Italia dal 2002 al 2018*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 2/2020, p. 159 ss., spec. p. 176, «l'Italia ha una *performance* piuttosto bassa nell'implementazione delle raccomandazioni inviate dalle istituzioni europee nel periodo tra il 2002 e il 2018».

2. Sull'inopportunità di intraprendere una riforma costituzionale sul procedimento legislativo.

In questo scenario, si è sostenuto che nessuno ancora ha avuto il coraggio di dire “che serve tornare a riforme politico-istituzionali importanti della nostra forma di governo se vogliamo davvero che quel piano funzioni. E che funzioni bene”¹⁰.

Sebbene negli ultimi anni sia spesso stata ritenuta urgente e necessaria una revisione della seconda parte della Costituzione (e, soprattutto, del bicameralismo paritario), e si possa ritenere oggi basilare una riforma dei regolamenti parlamentari, in questa fase, tuttavia, non sembra conveniente spingersi oltre, verso riforme (sia costituzionali sia a livello regolamentare) che stravolgano il procedimento legislativo.

In particolare, non solo si è ipotizzata una riforma costituzionale che sposti “l'intera procedura fiduciaria tra Governo e Parlamento (fiducia, sfiducia, questione di fiducia) dentro la dinamica del parlamento in seduta comune, cioè evitando doppioni”¹¹, riprendendo una proposta di riforma già presentata presso la Camera dei deputati¹², ma anche, recentemente, un monocameralismo¹³. Quest'ultimo sembra riscuotere molti successi dopo la riduzione del numero dei parlamentari¹⁴, sebbene una Camera rappresentativa delle autonomie sembri ancora necessaria per individuare un momento di raccordo – al centro – soprattutto tra Stato e Regioni¹⁵.

¹⁰ F. Clementi, *Contro i 'transfughi' in Parlamento*, in *Fortune Italia*, 5 maggio 2021.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Si pensi alla proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri, recante *Modifiche alla parte II della Costituzione per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica con successiva elezione dei membri delle Camere, nonché uniformazione dei requisiti di elettorato attivo e passivo per il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati* (AC 224). In tal senso, sembra esprimersi anche A. Manzella, *Un Parlamento comune è un Parlamento unificato*, in *Avanti!*, 1 giugno 2021.

¹³ In questo senso, V. Forgnone, *Forza Italia, Baldelli: "Dopo il taglio dei parlamentari servirebbe una riforma per il monocameralismo. I tempi ci sono"*, in *LaRepubblica.it*, 7 maggio 2021 (https://www.repubblica.it/politica/2021/05/07/news/forza_italia_baldelli_riforma_costituzionale_bicameralismo_monocameralismo_taglio_parlamentari-299775252/).

¹⁴ Sembra esprimersi in tal senso S. Cassese, in una intervista di C. Martelli, *Il monocameralismo per la democrazia*, in *Avanti!*, 1 giugno 2021. Di tenore assimilabile, cfr. E. Cheli, *Bicameralismo al capolinea*, in *Avanti!*, 1 giugno 2021. F. Clementi, *L'opzione monocamerale ha più forza di prima*, in *Avanti!*, 1 giugno 2021. Similmente, però immaginando un sistema di raccordo originale con la Commissione parlamentare per le questioni regionali (una volta integrata), B. Caravita, *Un'unica Assemblea per il Paese*, in *Avanti!*, 1 giugno 2021.

¹⁵ D'altronde, la mancanza di una Camera rappresentativa delle Regioni e delle autonomie territoriali sembra scontarsi nei rapporti tra Stato e Regioni. Si pensi sia alla problematicità di tali rapporti durante la crisi

Tali riforme, tuttavia, sembrano sconsigliabili in questa fase. Questo per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, una riforma costituzionale impegnerebbe il Parlamento a lungo, quando quest'ultimo avrà già una importante mole di lavoro *ordinario*. Come ricordato poc'anzi, infatti, Parlamento e Governo saranno impegnati, nei prossimi mesi e anni, in un programma mai così ambizioso di riforma dell'ordinamento nel suo complesso. È vero che una maggioranza tanto ampia, come quella che sorregge il Governo Draghi, ben potrebbe pervenire ad una riforma costituzionale condivisa, eppure il tempo a disposizione del Parlamento di questa legislatura non è poi moltissimo.

La riforma della pubblica amministrazione, la riforma della giustizia, quella della concorrenza e tutte le altre previste nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sono interventi complicati e ambiziosi, anche e soprattutto a livello politico, e sarebbe bene concentrarsi su di essi anziché aprire un cantiere di riforma costituzionale – più o meno organica – in un momento di tale importanza storica.

Ben si può ritenere – in questa fase – che non vi sia davvero tempo (quantomeno, dal punto di vista politico): l'attuazione del PNRR richiede, soprattutto nella sua fase iniziale, uno sforzo riformatore imponente che non può essere messo in secondo piano. È il PNRR che pone, rispetto alle procedure parlamentari, il sistema istituzionale nel suo complesso in uno stato di emergenza e, in particolare, il Parlamento come istituzione nel centro nevralgico dell'emergenza. A maggior ragione considerato che, nonostante il cronoprogramma delle riforme nel PNRR risulti essere piuttosto preciso, dovrà comunque essere il Parlamento a sostanziarlo per far sì che sia idoneo agli occhi delle istituzioni europee (e di quelli degli altri Stati UE). Solo per fare un esempio, la parte del Piano dedicata alla concorrenza prevede l'adozione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza entro il 15 luglio 2021 (PNRR, p. 85). Tuttavia, la sola adozione del disegno di legge non può essere ritenuta sufficiente, posto che l'*iter* dell'unica legge annuale finora approvata (legge 4 agosto 2017, n. 124) è stato particolarmente travagliato¹⁶. Pertanto, sarà il Parlamento a

pandemica, sia all'ancora molto elevato contenzioso tra Stato e Regioni. Da ultimo, cfr. G. Coraggio, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, 13 maggio 2021, p. 6: “colpisce il numero ancora elevato del contenzioso tra Stato e Regioni che – come è stato rilevato in tutte le relazioni degli ultimi anni – affonda le sue radici nella revisione del titolo V della parte II della Costituzione, i cui problemi applicativi non si possono dire ancora risolti, malgrado l'ormai ventennale impegno della Corte nella regolazione del riparto delle rispettive competenze”.

¹⁶ L'*iter* di approvazione della legge è stato lungo e complesso: il disegno di legge è stato presentato dal Governo alla Camera in data 3 aprile 2015 e, dopo vari passaggi alla Camera e al Senato nel corso dei due

dover rendere l'*iter* della nuova legge sulla concorrenza più veloce e approvarla almeno nel giro di un anno, posto che è previsto anche nel 2022 (e poi nel 2023) un ulteriore disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Non è, tuttavia, il tempo a disposizione del Parlamento quella che sembra la principale criticità, che si può invece individuare in un altro fattore: quello delle procedure parlamentari. In particolare, negli ultimi anni si sono consolidate alcune prassi nelle procedure parlamentari relative al procedimento legislativo. Sebbene tali procedure, in tempi *ordinari*, possano essere giudicate non funzionali¹⁷, ci si chiede quanto sarebbe *saggio* intraprendere la trasformazione di un assetto che – nel bene e nel male – ha comunque raggiunto una sua stabilità, proprio in un momento nel quale il Paese è chiamato ad una sfida storica, quale quella di rimettersi in sesto, sfruttando le risorse europee anche per approvare riforme altamente divisive sul piano politico.

3. Le procedure in questione tra patologico e necessario.

Sembra utile a tal proposito ricostruire sommariamente le procedure di cui si parla, con particolare riferimento al procedimento parlamentare di conversione del decreto-legge. Dopo la fase governativa e quella in commissione, in particolare, sul testo del decreto-legge emendato in commissione, il Governo pone la questione di fiducia, così determinando la sua approvazione con un unico voto, per appello nominale: la fiducia sui maxiemendamenti è, per alcuni, una prassi “chiaramente incostituzionale (in quanto contrastante con l’art. 72, primo Comma, Cost., tant’è che la stessa Corte costituzionale la ha qualificata come ‘problematica’: sentenza n. 251 del 2014), ma che si è diffusa sistematicamente, anche perché finisce per convenire a tutti gli attori del processo (Governo, maggioranza,

anni successivi, il Governo ha infine deciso di porre la fiducia per ottenere l’approvazione definitiva del testo di legge (legge 4 agosto 2017, n. 124), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 189 del 14 agosto 2017 ed è entrato in vigore il successivo 29 agosto. Si deve, altresì, ricordare come il Ministro dello Sviluppo economico del Governo Renzi, Federica Guidi, che aveva presentato il disegno di legge, si è poi dimessa il 5 aprile 2016 e il Governo stesso è durato fino al 7 dicembre 2016: si tratta di variabili esogene di cui pure si deve tenere conto.

¹⁷ N. Lupo, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, in *Luiss school of government, Policy Brief* n. 13/2020 (https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/LUISS_SOG_policybrief%2013.pdf).

opposizione)”¹⁸.

Una volta approvato da una Camera, il decreto-legge è trasmesso all’altro ramo del Parlamento, il quale, ormai di consueto, lo approva nel testo ricevuto, senza l’approvazione di proposte emendative, consolidando quel “monocameralismo di fatto”¹⁹ che già si era instaurato nelle sessioni di bilancio del 2018 e 2019²⁰. Durante l’emergenza pandemica, peraltro, si può notare come tali fenomeni si siano rafforzati e l’emendabilità si sia in sostanza ormai ridotta alla commissione di merito della prima Camera a cui è assegnata (o alle commissioni se l’assegnazione è congiunta). Lo stesso monocameralismo di fatto si è dunque ampiamente consolidato, anche per la questione degli accorpamenti (c.d. *decreti minotauro*) che impongono di attendere per assorbire i decreti successivi e di affrettarsi per non far decadere le disposizioni di quelli precedenti²¹. In generale, sembra che il

¹⁸ N. Lupo, *Così l’emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, cit., p. 4. Sul punto, cfr. G. Piccirilli, *L’emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, spec. p. 275 ss.

¹⁹ Nella sessione di bilancio 2019, infatti, il Parlamento “ha in sostanza operato come un’Assemblea monocamerale; solo una Camera ha realmente deciso, l’altra si è limitata a confermare la sua decisione” (cfr. G. Di Cosimo, *Approvazione del bilancio: cambiano le maggioranze, ma non le procedure*, in *LaCostituzione.info*, 27/12/2019). Si assiste, in tal modo, a una affermazione di una sorta di bicameralismo diseguale, o alternato, o di uno pseudo-bicameralismo” (F. Bilancia, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico*, in *Oss. sulle fonti*, n. 3/2020, p. 1432). In tal modo, le procedure parlamentari sono utilizzate per coprire la debolezza dei partiti politici e il diritto parlamentare perde giuridicità allo scopo di evitare criticità all’interno della maggioranza.

²⁰ Peraltro, nell’ordinanza n. 60 del 2020, la Corte costituzionale ha considerato come uno dei motivi di inammissibilità del ricorso il fatto che la contrazione dell’esame del disegno di legge di bilancio alla Camera sia stato dovuto al fatto che la stessa Assemblea aveva trattato il decreto-legge fiscale. Decreto-legge che è stato trasmesso al Senato il quale, pur svolgendo un ben ridotto ruolo istruttorio, ne ha dovuto collocare le risultanze nella legge di bilancio, impegnando così parte del suo tempo. Sembra dunque che la Corte abbia fatto una sorta di compensazione tra l’esiguo tempo avuto dalla Camera per l’esame del disegno di legge di bilancio e il maggior tempo che invece ha avuto per la trattazione del decreto-legge fiscale, che la stessa Corte considera “parte sostanziale della manovra finanziaria”. Dunque, la Corte sembra ammettere che un allungamento dei tempi d’esame in prima lettura giustifica la contrazione dei tempi per l’esame nelle letture successive, quando il testo del maxi-emendamento costituisce una versione diversa da quella precedentemente esaminata, sebbene solo per sottrazione. In tal modo, la Corte sembra aver avallato quelle prassi che portano ad un bicameralismo che si dirige verso un monocameralismo di fatto. Sull’ordinanza n. 60 del 2020, cfr. Sull’ordinanza n. 60 del 2020 cfr. 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 dei Quad. Cost.*, 16 aprile 2020, p. 89 ss.; M. Armanno, *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*, n. 4/2020, p. 195 ss.; L. Sambucci, *Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio (ord. n. 60/2020)*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 26 giugno 2020, p. 870 ss. Da ultimo, cfr. L. Gianniti, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del Parlamento, rapporti con l’Unione europea*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2020, p. 3323 ss.

²¹ S. Ceccanti, *Dpcm: l’abuso non è solo colpa della pandemia*, in *Libertàeguale.it*, 1° aprile 2021 (<http://www.libertàeguale.it/dpcm-labuso-non-e-solo-colpa-della-pandemia/>). Si tratta di un fenomeno letteralmente esplosivo nel 2020 rispetto agli anni precedenti: sono quattordici i casi di accorpamento in sede di conversione di decreti-legge, e ad inizio giugno 2021 si possono contare già sette casi (a fronte di un solo caso nel 2019 e di tre casi nel 2018).

bicameralismo italiano sia avviato, dopo la bocciatura del referendum costituzionale del 2016, verso una sempre maggiore omogeneizzazione delle due Camere. Sebbene un Senato delle autonomie e una differenziazione funzionale delle due Camere appaia sempre più urgente, tuttavia bisogna anche riconoscere come il monocameralismo abbia permesso – durante la pandemia – di esaminare un grande numero di decreti-legge, che hanno peraltro distribuito risorse per oltre cento miliardi di euro.

Si tratta di procedure che, sebbene siano più che criticabili sotto vari punti di vista, hanno raggiunto una certa stabilità e prevedibilità, e che sarebbe perlomeno rischioso mettere in discussione in questo preciso lasso di tempo. In tal senso, l'approvazione di una riforma costituzionale che implicasse anche una questione di fiducia a Camere riunite creerebbe un blocco del sistema, andando ad alterare quelle procedure parlamentari – di cui si è appena detto – che possono essere considerate nocive in generale, ma che sembrano poter essere decisive nei prossimi anni e per l'attuazione del PNRR. L'approvazione di una riforma costituzionale simile (se si decidesse di trasportare anche la questione di fiducia nel Parlamento in seduta comune) modificherebbe in profondità la forma di governo e sarebbe un vero e proprio terremoto per i procedimenti parlamentari, che si troverebbero privi di quelle tecniche che hanno permesso sin qui uno strutturarsi dei rapporti tra Parlamento e Governo forse non *sani*, ma ormai funzionali. In altre parole, si tratta di procedure che in tempi ordinari possono essere considerate patologiche, ma che oggi sembrano divenire necessarie.

Peraltro, anche laddove i parlamentari dell'opposizione ricorressero alla Corte costituzionale, per conflitto di attribuzione, contro tali procedure, sembra davvero difficile che la Corte dichiari illegittime – proprio nell'attuazione del PNRR – procedure che sono state utilizzate per interi lustri e che la stessa Corte, nell'ordinanza n. 17 del 2019, “sembra prima condannare e subito dopo giustificare”²².

Sembra, infatti, più urgente procedere a quelle riforme che non sono state fatte per decenni (pubblica amministrazione, giustizia, concorrenza, fisco) e incidere in tal modo su quei

²² Così A. Lucarelli, *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale” è una violazione grave e manifesta?*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019, pp. 4-5. Infatti, dapprima la Corte osserva come vi siano effetti problematici dell'approvazione dei disegni di legge attraverso il voto di fiducia apposto su un maxi-emendamento governativo, poiché questa preclude al Parlamento una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina. Successivamente, tuttavia, la Corte precisa che precisando che però occorre “anche considerare che tale prassi si è consolidata nel tempo e che se ne è fatto frequente uso sin dalla metà degli anni Novanta anche per l'approvazione delle manovre di bilancio da parte dei governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità”.

colli di bottiglia del sistema italiano e, auspicabilmente, rimandare alla fine dell'attuazione del NGEU una riforma costituzionale che possa rappresentare la chiusura del cerchio.

4. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e i suoi effetti sui metodi e sulle tecniche della legislazione.

Questo per quanto riguarda la procedura di conversione dei decreti-legge. Una ulteriore ragione può segnalarsi contro ipotesi di riforme organiche del procedimento legislativo. Dopo una primissima fase di attuazione del PNRR, prevista anche con decreti-legge²³, infatti, ci si può chiedere che cosa comporti il Piano in termini di tecniche e metodi della legislazione.

Da una prima analisi del PNRR sembra potersi affermare che vi è un recupero, almeno *sulla carta*, di una legislazione più ordinata, tramite gli strumenti della delegazione legislativa e delle leggi annuali. In particolare, per molte delle riforme previste nel PNRR si individua nelle leggi delega e nei decreti legislativi la fonte principale per delineare il quadro degli interventi normativi necessari per l'efficace esecuzione del Piano. Si tratta, peraltro, di una scelta in linea con quanto era stato auspicato, anche in dottrina, vista la capacità di questo strumento di coniugare un procedimento decisionale tutto sommato veloce, ma fondato su approfondite istruttorie. È stato fatto, in tal senso, un parallelo col modello della legge n. 421/1992, che potrebbe essere “il contenitore più idoneo per questa strategia d'insieme, per combinare indirizzi generali e obiettivi specifici nei diversi campi, tutti interessati dalla digitalizzazione e dalla sostenibilità”²⁴. La delegazione legislativa è

²³ Nel PNRR sono previsti decreti-legge per le misure *fast track* in tema di buona amministrazione, per semplificare norme e procedure, misure urgenti in tema di semplificazione in materia di contratti pubblici semplificazioni e in materia di edilizia e urbanistica e di interventi per la rigenerazione urbana (tutti e tre entro maggio 2021). Al di fuori del PNRR, ma collegati ad esso, sono stati adottati o stanno per esserlo altri decreti-legge: si pensi al decreto-legge n. 59 del 2021, recante *Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti* e al decreto-legge sulla *governance* del PNRR.

²⁴ V. Di Porto e F. Pammoli, *L'Europa, l'Italia, la lezione del 1992*, in *Il Corriere della sera*, 10 agosto 2020. Sul punto, diffusamente, cfr. anche N. Lupo, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: dalla legge n. 421 del 1992 al “Next Generation EU”*, in corso di pubblicazione in *L'attualità della legge n. 421 del 1992 in tempi di pandemia*: “non è certo ricorrendo a decreti-legge *omnibus* dalla lunga gestazione endogovernativa, dall'impervio cammino parlamentare durante il quale vengono introdotte ulteriori disposizioni (‘impacchettate’ in maxi-emendamenti su cui il Governo pone la questione di fiducia), e dalla faticosa implementazione, che si può pensare di utilizzare efficacemente le risorse ora destinate all'Italia dall'Unione europea”.

ampiamente prevista nel PNRR, in settori cruciali, quali la riforma della giustizia²⁵ e quello delle semplificazioni²⁶. D'altro canto, è già stato notato come "l'attività di indirizzo politico per i prossimi anni è programmata e il suo svolgimento presidiata da una struttura organizzatoria con indicazione di soggetti, procedure e attività tutti rivolti al conseguimento di obiettivi finali stabiliti e inseriti in un sistema complesso e interdipendente tra indirizzo politico, sistema di norme giuridiche e struttura organizzativa"²⁷ e che tutto ciò è destinato a riflettersi non solo "in cambiamenti di rilievo a cominciare dal *modus operandi* del governo"²⁸, ma anche nella "scelta tipologica degli atti normativi da adottare: in prevalenza decreti-legge o decreti delegati con ricadute sulla forma di governo e sulle dinamiche parlamentari"²⁹.

In questa fase, il ruolo predominante del Governo sembra pertanto essere in linea con lo strumento del PNRR. Così come è avvenuto più volte negli ultimi decenni, il processo di integrazione europea spinge ora non solo verso un rafforzamento del Governo, ma anche – allo stesso tempo – la figura del Presidente del Consiglio, vero e proprio *garante* e *coordinatore* del PNRR³⁰.

Un altro punto dell'esame parlamentare sul quale si deve richiamare l'attenzione è quello dell'emendabilità, anche alla luce della lettera del 23 luglio 2021 con la quale il Capo dello Stato ha formulato un invito al Parlamento e al Governo a riconsiderare le modalità di esercizio della decretazione d'urgenza, per ovviare ai profili critici da tempo evidenziati dalla Corte costituzionale, nelle stesse sedi parlamentari e in dottrina. Il Presidente, in tale missiva inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, ha da un lato sollecitato Parlamento e Governo ad assicurare che, nel corso dell'esame parlamentare, vengano rispettati i limiti di contenuto dei provvedimenti d'urgenza e, dall'altro,

²⁵ In questi ambiti: *Alternative Dispute Resolution* (ADR); interventi sul processo civile; interventi sul processo esecutivo; riforma della giustizia tributaria; riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale.

²⁶ Per quanto riguarda le misure a regime in tema di semplificazione in materia di contratti pubblici e semplificazione e razionalizzazione delle normative in materia ambientale, nonché in tema di abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione.

²⁷ A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2021, p. 235 ss., spec. p. 251.

²⁸ *Ibidem*: "non più spazio a negoziazioni o accordi spartitori, ma una azione governativa già determinata negli obiettivi e nelle linee di intervento per conseguirli".

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ivi*, p. 254. Come giustamente si nota, ciò avviene non solo a causa dell'articolazione delle strutture individuate per la realizzazione del PNRR dal decreto-legge n. 77 del 2021, ma anche poiché "il Presidente del consiglio in qualità di coordinatore del piano e portatore di una visione politica generale può esercitare la sua influenza in tutte le sedi decisionali legate alla sua attuazione".

sottolineato – col Comitato della legislazione – come il decreto-legge in questione (decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, c.d. *Sostegni-bis*) avesse di per sé natura «provvedimento governativo *ab origine* a contenuto plurimo».

Tali richiami possono senz'altro considerarsi puntuali e anche in linea col PNRR. Anzi: per la stessa attuazione corretta del PNRR sarebbe preferibile non solo che i provvedimenti del Governo risultassero omogenei di per sé, ma anche che in sede di conversione le Camere non inserissero elementi estranei all'oggetto della materia³¹. Il Capo dello Stato, nel richiedere al Governo un oggetto il più possibile definito e circoscritto per materia e al Parlamento che la sua attività emendativa sia limitata dalla materia ovvero dalla finalità originariamente oggetto del provvedimento, non manca di criticare la prassi dei decreti-legge matrioska, che «dovrà verificarsi solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicarne l'esame parlamentare». In tal modo, si potrebbe rimuovere la «abituale prassi, ormai generalizzata, che consiste nella presentazione di maxi emendamenti sui quali porre la questione di fiducia, prassi sulla quale si è registrato un monito critico da parte della Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 32 del 2014».

Tuttavia, non si può non notare come la prassi dei maxi-emendamenti sui quali è posta la questione di fiducia difficilmente si può considerare legata a quella dei decreti matrioska, potendo al più riconoscere nella proliferazione di quest'ultima una delle ragioni che hanno portato all'intensificarsi del fenomeno del monocameralismo di fatto. La questione di fiducia su maxi-emendamenti è una prassi che – come ha ricordato la stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 17 del 2019 – «si è consolidata nel tempo» e della quale si è «fatto frequente uso sin dalla metà degli anni Novanta anche per l'approvazione delle manovre di bilancio da parte dei governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità».

Un altro strumento che il PNRR mira a rivitalizzare è quello poc'anzi richiamato della legge annuale per il mercato e la concorrenza³²: si tratta di una legge a cadenza annuale,

³¹ Invero, si segnala che gli emendamenti richiamati dal Capo dello Stato nella lettera sono stati approvati presso la Camera dei deputati, mentre il Senato sembra – in questa fase – avere un approccio giustamente più rigido in materia di proponibilità delle proposte emendative (come da ultimo testimonia anche il vaglio di proponibilità all'AS 2371, “Conversione in legge del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, recante *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*).

³² Cfr. E. Frontoni, *La periodicità perduta e quella neonata: legge di semplificazione annuale e legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Federalismi.it*, 1° febbraio 2019, spec. p. 16 ss.; più risalente F. Florà, *La nascita della legge annuale per la concorrenza: luci ed ombre*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2/2009.

prevista dall'art. 47 l.n. 99/2009, approvata una sola volta in undici anni e che si poteva considerare caduta in desuetudine fino all'intervento del Presidente del Consiglio Mario Draghi durante il discorso programmatico in Senato³³ (peraltro, proprio in quei giorni, presso la Camera, era in discussione il c.d. *Decreto Milleproroghe*, che può considerarsi, per certi versi, l'antitesi della legge annuale sulla concorrenza).

La rivitalizzazione di delegazione legislativa e leggi annuali può salutarci positivamente³⁴, sia al fine di evitare incoerenze nella legislazione, sia poiché sembra che, in tal modo, il PNRR incoraggi – cercando di abbandonare per simili riforme la decretazione d'urgenza – a guardare nel medio-lungo periodo. Eppure, proprio considerando l'ultima esperienza con la legge annuale per la concorrenza, si intravede qualche rischio nell'avere inserito una legge di concorrenza ogni anno nel PNRR.

Ciò non toglie, tuttavia, che anche le leggi delega e le leggi annuali debbano essere approvate in Parlamento: proprio a tal fine, alcuni degli strumenti utilizzati finora possono rivestire un ruolo importante. La stessa legge annuale della concorrenza del 2017, ad esempio, dopo un defatigante *iter* parlamentare, è stata approvata tramite la posizione della questione di fiducia su un maxi-emendamento presentato al Senato.

Allo stesso tempo, la questione di fiducia sarà prevedibilmente posta anche su un maxi-emendamenti per l'approvazione di leggi delega, per rispettare i tempi previsti nel PNRR e in presenza di una maggioranza divisa su un particolare tema (si pensi, in particolare, alla giustizia: presso il Senato, il 21 settembre 2021, è stato approvato con queste modalità il disegno di legge delega di riforma del processo civile)³⁵.

5. Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma regolamentare

³³ Quando ha affermato che chiederà “all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato di produrre in tempi brevi [...] le sue proposte in questo campo”. Proposte che poi sono effettivamente giunte, con la segnalazione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato del 22 marzo 2021: Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 ([https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf)).

³⁴ Dopo un lungo declino: cfr. R. Cifarelli, *Il declino delle leggi “a cadenza annuale” nel processo legislativo italiano: spunti di riflessione a partire dalla prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2017.

³⁵ AS 1662, recante *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*.

sul procedimento legislativo.

Per queste ragioni, per alcuni, la battaglia chiave sulla riforma regolamentare consiste nella scrittura di una ragionevole corsia preferenziale per i provvedimenti del Governo, alternativa fisiologica all'uso dei decreti e a tutti i loro corollari (maxi-emendamenti, fiducia, testi *matrioska*, monocameralismi di fatto)³⁶. Per le stesse ragioni esposte poc'anzi, tuttavia, potrebbe apparire sconsigliabile anche innovare *troppo* nei regolamenti parlamentari, ad esempio introducendo la corsia preferenziale per i progetti del Governo in Parlamento, mentre, per quanto criticabile, appare utile proprio in questi anni il perdurare dell'utilizzo della questione di fiducia sui maxi-emendamenti.

Sebbene si tratti, infatti, di una riforma auspicabile, come per ogni riforma sarebbe necessario un periodo di assestamento e di adattamento che non sembra poter essere quello presente. Invece, il perseverare, in questa fase di *emergenza istituzionale*, dell'abbinamento di maxi-emendamento e questioni di fiducia, in continuità con quanto avvenuto negli ultimi anni, significa muoversi in un percorso conosciuto, raggiungendo, a ben vedere, risultati simili, posto che il *mix* maxi-emendamento e questione di fiducia può essere considerato come il – più *violento* – surrogato italiano del voto bloccato francese³⁷. Infatti, sebbene gli effetti parlamentari siano simili, il decreto-legge entra subito in vigore e, per questo motivo, si tratta davvero di uno strumento di carattere eccezionale.

Al limite, uno strumento già presente nel Regolamento della Camera, come quello previsto per i provvedimenti collegati di sessione³⁸, potrebbe essere esteso agli altri disegni di legge: ci si riferisce a quanto previsto nell'art. 123-*bis* reg. Cam., in base al quale «il Governo può richiedere che la Camera deliberi sul progetto di legge entro un determinato termine, riferito alle scadenze connesse alla manovra finanziaria complessiva». Si tratterebbe, in

³⁶ S. Ceccanti, *Dpcm: l'abuso non è solo colpa della pandemia*, cit.

³⁷ V. Lippolis, *Un onesto compromesso regolamentare: il divieto di maxi-emendamenti in cambio di tempi certi di esame dei disegni di legge governativi*, in N. Lupo (a cura di) *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo. Atti del Seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, Padova, 2010, p. 41 ss., spec. p. 43. Con una fondamentale differenza però: la procedura del voto bloccato segue regole chiare che hanno un esplicito fondamento costituzionale ed è scollegata dalla messa in gioco della fiducia. La prassi italiana si è formata in uno spazio lasciato vuoto dalle norme costituzionali e in assenza di una disciplina che ne fissasse i limiti ha assunto aspetti degenerativi.

³⁸ I collegati sembrano pertanto uno strumento da valorizzare, come sembra voler fare il Governo Draghi. Infatti, nella Nota di Aggiornamento del DEF 2021, il Governo dichiara di voler presentare, a completamento della manovra di bilancio 2022-2024, quali collegati alla decisione di bilancio una lunga lista di disegni di legge (in totale, 21). Cfr. Ministero dell'Economia e della Finanza, *Nota di Aggiornamento al Documento di Economia e Finanza 2021*, p. 12.

questo caso, di estendere un istituto già previsto, senza necessità di stravolgere il procedimento legislativo.

Similmente a quanto si auspica in questa sede è stata proposta un'altra soluzione, articolata in quattro punti: in primo luogo, una decisione preventiva per la *specializzazione* di ciascuna Camera, assegnando ad ognuna la prevalenza nella trattazione delle leggi previste dal Piano; il disegno di legge viene assegnato alla Commissione di merito, per consentire un esame approfondito e garantendo che il Governo non presenterà ulteriori emendamenti, se non per raccogliere le sollecitazioni parlamentari; in terzo luogo, in aula, il testo uscito dalla commissione viene votato tramite posizione della questione di fiducia, con l'impegno del Governo a non apportare al testo della Commissione alcuna variazione; infine, il ramo del Parlamento che riceve il testo per la seconda lettura lo approva senza variazioni, così consolidando il monocameralismo di fatto³⁹.

Si tratta, a ben vedere, di piccoli aggiustamenti rispetto alla prassi attuale, che tuttavia rischiano di essere anch'essi problematici, specialmente laddove non si prevede la presentazione di un maxi-emendamento da parte del Governo e laddove si chiede a quest'ultimo di non presentare emendamenti e di non apportare modifiche al testo uscito dalla commissione. Si tratterebbe senz'altro di miglioramenti del procedimento legislativo per come oggi è configurato, ma che non riuscirebbero a cambiarlo nella sostanza e che potrebbero creare rallentamenti a quel processo riformatore ineludibile e a tappe fisse, così come delineato nel PNRR.

Discorso diverso, invece, si può fare per la prossima legislatura, con un Parlamento a ranghi ridotti e – ci si augura – non più in crisi pandemica: a quel punto si aprirà una fase nuova, nella quale potrà essere auspicabile iniziare a ragionare di nuovo su tali riforme del procedimento legislativo. Nel 2026, infatti, a PNRR concluso, gli strumenti utilizzati attualmente nel procedimento legislativo torneranno ad essere patologici e ci si dovrà porre, una volta per tutte, il problema di trovare soluzioni per razionalizzare i rapporti tra Parlamento e Governo nell'*iter legis*.

Non si ritiene, tuttavia, che ciò possa essere fatto in una fase nella quale dal successo delle riforme si gioca la possibilità, nell'ambito dell'Unione, di pervenire ad un debito comune, che solo può far evolvere la costruzione europea in un nuovo stadio di integrazione

³⁹ E. Morando, *Non c'è PNRR senza un Parlamento che decide. Quattro svolte*, in *La Repubblica*, 19 maggio 2021.

(*Bundesverfassungsgericht* permettendo)⁴⁰; al contrario, il suo insuccesso potrebbe generare conseguenze ben più gravi, fino alla dissoluzione dell'UE così come la conosciamo. Le innovazioni sul versante istituzionali e, in particolar modo, sul versante legislativo dovrebbero pertanto essere rimandate in un secondo momento, quando – ci si augura – l'attuazione del PNRR avrà restituito funzionalità ad un Paese troppo spesso bloccato su se stesso: tali riforme, dunque, dovrebbero giungere “solo dopo che si sarà fatto luogo ad un'organica e profonda riforma della struttura sociale e ad un critico ripensamento delle dinamiche che in essa si impiantano e svolgono, senza di che le innovazioni istituzionali resterebbero prive di senso alcuno ed anzi suonerebbero quasi beffarde ed artificiali”⁴¹. Solo dopo sarà possibile dar luogo ad incisivi interventi correttivi sul versante istituzionale, volti “ad inventare procedure semplificate e celeri di produzione giuridica, da far valere in primo luogo in seno alle assemblee elettive”⁴², anche con l'obiettivo di provare a far recuperare alla legge “una sua funzione in seno al sistema degli atti espressivi di potere, sì da potersi spendere al servizio dei più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale”⁴³.

Abstract: Il contributo prende in considerazione le procedure e le prassi parlamentari attualmente utilizzate, con l'obiettivo di analizzare quali sarebbero gli effetti di una riforma del procedimento legislativo proprio nel momento in cui deve essere attuato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Abstract: The paper takes into consideration the parliamentary procedures and practices currently used, with the aim of analyzing what would be the effects of a reform of the legislative procedure when the National Recovery and Resilience Plan must be implemented.

⁴⁰ M. Simoncini, *Le scelte chiave sul futuro dell'Europa. Il Next Generation EU alla prova della Corte costituzionale tedesca*, in *LuissOpen*, 6 maggio 2021 (<https://open.luiss.it/2021/05/06/le-scelte-chiave-sul-futuro-delleuropa-il-next-generation-eu-alla-prova-della-corte-costituzionale-tedesca/>).

⁴¹ A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2/2021, p. 568 ss., spec. p. 598.

⁴² *Ivi*, p. 597.

⁴³ *Ivi*.

Parole chiave: Parlamento – NGEU – PNRR – procedimento legislativo – riforma costituzionale.

Key words: Parliament – NGEU – NRRP – legislative procedure – word – constitutional reform.

SULLE CRESCENTI INIQUITÀ ITALIANE: UN COMMENTO ALLE EVIDENZE EMPIRICHE PIÙ RECENTI *.

di Francesco Schettino^{**} e Domenico Suppa^{***}

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La disuguaglianza, un concetto con diverse dimensioni. – 3. Tendenza mondiale delle disuguaglianze. – 4. Il caso italiano. – 5. Conclusioni. – 6. Bibliografia.

149

1. Introduzione.

La questione delle disparità economiche e sociali è emersa con una forza, anche mediatica, probabilmente sconosciuta prima della pandemia legata alla Covid19. È dal principio dell'anno 2020 che quella delle disuguaglianze è stata finalmente sdoganata come una delle questioni che maggiormente potrebbero mettere a repentaglio, anche ideologicamente, il procedere di un sistema che, a livello mondiale, se da una parte negli ultimi decenni ha sedimentato un gruppo sempre più ristretto di percettori di rendite e profitti (la cosiddetta *élite* mondiale), dall'altro ha lasciato sempre più indietro masse crescenti di individui, relativamente poveri o vulnerabili che, a seconda della fase, al massimo riescono a garantire a sé stessi e al proprio nucleo familiare tre pasti al giorno e un tetto sotto cui vivere. Questa schiera, oltretutto in molti dei paesi a capitalismo avanzato, almeno dagli anni ottanta, è andata accrescendosi a causa di una progressiva *evaporazione* della *middle class* che ha visto un nutrito suo sottogruppo passare tra le file di coloro che si collocano stabilmente nei pressi della linea di povertà (per un approfondimento si veda anche Schettino e Khan, 2021; Pittau e altri 2010; Schettino e altri 2021; Clementi ed altri 2017; Schettino e Clementi, 2020). Nonostante, tuttavia, l'esistenza di una nutrita quantità di articoli, non solo scientifici, che alimentano la diffusa percezione soggettiva delle crescenti ingiustizie, esistono ancora alcune sacche di resistenza, in genere vincolate a un *benchmark* (neo)liberista, che si impegnano nel sostenere che negli ultimi anni le disparità a livello

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Economia politica – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

*** Assegnista di ricerca in Economia politica – Università della Campania “L. Vanvitelli”.

mondiale, così come la povertà si siano contratte (v. ad es. Milanovic, 2020). In altri termini, secondo costoro, l'ultimo mezzo secolo sarebbe stato caratterizzato da un benessere elevato come mai nel passato e soprattutto diffuso in maniera tendenzialmente sempre più egualitaria. In realtà, come cercheremo di mostrare, tali interpretazioni dei dati empirici sono viziate da *errori* metodologici, che solo in parte potrebbero essere giustificati dalla complessa fenomenologia che caratterizza le disuguaglianze economiche. Di seguito prenderemo in esame alcune di queste caratteristiche, segnalando come esse vengano talvolta ignorate o eccessivamente semplificate all'insegna di uno spinto riduzionismo. Con tale premessa ci soffermeremo dapprima sulle tendenze della disuguaglianza sul piano mondiale e poi volgeremo lo sguardo al caso italiano, cercando infine di trarre delle conclusioni che possano fornire utili indicazioni per ulteriori ricerche.

2. La disuguaglianza, un concetto con diverse dimensioni.

Non c'è dubbio che l'interpretazione ottimistica delle recenti dinamiche della distribuzione dei redditi e delle ricchezze sia almeno in parte radicata nell'ideologia liberista, che ha quasi monopolizzato la teoria economica – e non solo – sin dalla fine degli anni settanta. In effetti, tale ideologia ha pregiudicato, con una serie di scelte politiche molto discutibili e condizionanti, tutto lo sviluppo del sistema di capitale, in particolare durante la lunga fase culminata nella Grande Recessione, più di dieci anni prima della pandemia da Covid19. Ciò premesso, è altrettanto importante sottolineare come la questione delle diverse vedute sulla dinamica delle disparità a livello globale individui sia nella sua definizione concettuale che nella misurazione statistica dei nodi che vanno necessariamente sciolti e che cercheremo di spiegare qui di seguito.

a) *La natura multidisciplinare delle disuguaglianze*

Innanzitutto è opportuno ragionare sul fatto che il concetto delle disuguaglianze possa avere una elevata quantità di sfaccettature tali per cui sarebbe comunque riduttivo limitarsi all'analisi di un aspetto come se fosse sufficiente a rappresentare l'intero fenomeno. Gli economisti, in generale tendono a prediligere l'analisi delle variabili monetarie che comunque siano connesse direttamente o indirettamente con la cosiddetta remunerazione dei fattori produttivi (salari, profitti, rendite). Tuttavia, per quanto queste possano rivestire

un ruolo di certo cruciale nell'analisi, non possono esaurire il fenomeno. Approcci come quello delle *capabilities* (Sen, 1985) che pone l'accento sulla distribuzione delle capacità di esercitare alcune funzioni (prima tra tutte quella della libertà) o anche quelli che valutano l'accesso a servizi di base non monetari (si veda anche Echevarria e altri, 2019) pongono di certo alcune questioni centrali per il benessere di ogni comunità che sono colte con grande difficoltà dai meri indicatori che si basano su quelle che, per semplicità, definiremo essere variabili *economiche*.

b) *Reddito o consumo*

Evidenziati, dunque, almeno in parte, i *caveat* che necessariamente bisogna tenere in conto quando si passa a una analisi meramente economica delle iniquità, risulta utile evidenziare un altro potenziale rischio di distorsione dei risultati che normalmente vengono riportati e discussi in ambito scientifico e istituzionale. Le analisi statistiche si basano quasi esclusivamente su indagini campionarie (quelle che a livello internazionale sono note come *household surveys*) che prendono in considerazione un numero adeguato di nuclei abitativi statisticamente rappresentativi dell'intera comunità. Tra le tante domande che vengono poste, attraverso la somministrazione di un questionario più o meno articolato, vi è anche la richiesta di indicare la spesa periodica per diverse voci più o meno essenziali oppure il reddito percepito in un determinato lasso temporale. Sulla base di queste due informazioni – quasi sempre alternative – si stabilisce la cosiddetta *distribuzione del reddito (o del consumo)* in base alla quale si effettuano i calcoli statistici per produrre valutazioni sulla maggiore o minore dispersione della stessa. Senza voler entrare nel dettaglio tecnico degli stessi, a cui faremo cenno più avanti, sembra importante sottolineare come la scelta tra la variabile reddito o consumo sia tutto fuorché neutrale. In sintesi, l'utilizzo della spesa come variabile in grado di approssimare la distribuzione del potere di acquisto e della ricchezza è normalmente preferita in quegli ambiti in cui la quota di economia informale è molto pesante. Non è un caso che, a parte molti paesi dell'America latina, quasi in tutti i paesi membri del cosiddetto *Global South* venga prediletta questa, in quanto maggiormente capace di fornire un quadro realistico della distribuzione del benessere. Tuttavia, l'uso di questa variabile ha chiare controindicazioni: visto che la propensione marginale al consumo è decrescente all'aumentare del reddito, è evidente che la spesa tende a sottostimare le disponibilità economiche dei più ricchi, almeno rispetto ai patrimoni che questi hanno realmente accumulato. Al contrario, il reddito è una variabile che è maggiormente adeguata

per contesti in cui la quota di economia sommersa è limitata, sebbene al contrario delle variabili legate alla spesa per consumi, colga con difficoltà il comportamento dei più poveri, ossia di quelli che, pur dichiarando reddito nullo, consumano, e soprattutto sottostimi le differenze qualora la distorsione legata all'evasione agisca in maniera significativa. Insomma, entrambe le variabili non sono in grado di dare una visione esatta e complessiva delle varie questioni inerenti la distribuzione del benessere e questo è un elemento che bisogna tenere a mente soprattutto quando si effettuano dei confronti tra realtà molto diverse. Proprio per questo, negli ultimi anni sono state avanzate alcune proposte di fusione tra i due modelli per poter ottenere una soluzione almeno parziale di queste distorsioni (per maggiori informazioni si veda anche Clementi e altri, 2020).

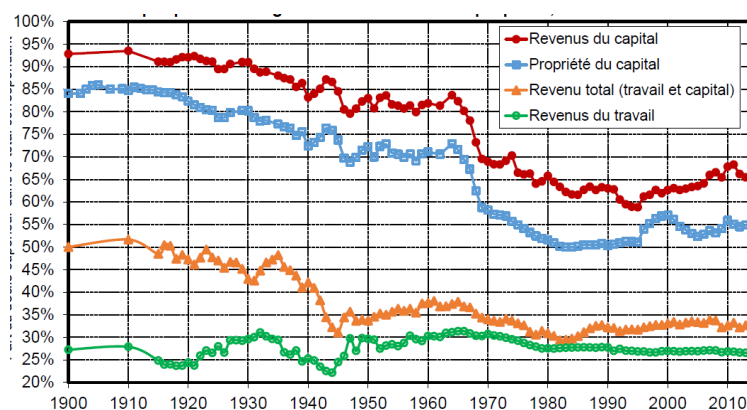
c) Variabili monetarie e non monetarie

Quelle appena discusse (reddito e consumo) sono variabili che possono essere etichettate come monetarie, sebbene l'autoconsumo esuli da questa categorizzazione. In ogni caso è importante, dal punto di vista qualitativo, sottolineare come normalmente esse rappresentino la base dei calcoli sulle iniquità che vengono inclusi in forma sintetica con indici statistici all'interno dei rapporti delle istituzioni (nazionali e sovranazionali). Ciò non toglie che, ancora una volta, la questione delle disuguaglianze individuali assuma, in dimensioni diverse da quelle puramente monetarie, degli elementi di straordinario rilievo. Innanzitutto l'accesso a prestazioni sanitarie, scolastiche e allo Stato sociale più in generale – ciò che correttamente andrebbe enumerato come *salario indiretto* – è perlopiù omesso in questo tipo di analisi. Per fare un esempio, il benessere di un cittadino cubano che guadagna l'equivalente di 10 \$ al mese¹ sarà molto dissimile da quello percepito da un omologo della stessa area geografica (ipotizziamo Haiti) giacché il primo dispone di una casa in un quartiere dignitoso di una città, di un servizio sanitario universalistico e gratuito e una scolarizzazione diffusa, di qualità e gratuita sino al raggiungimento della laurea. Nell'altro caso, il soggetto considerato appartiene probabilmente a comunità marginali, è residente in agglomerati di abitazioni informali, ha una occupazione vulnerabile (se non vive di espedienti anche al limite della criminalità), è privo di qualsiasi grado di scolarizzazione e presumibilmente non è stato visitato da un medico negli ultimi dieci anni poiché non in grado di sostenerne le spese connesse. Si tratta evidentemente di un esempio, che però rende bene l'idea del grado di approssimazione che può rinvenirsi all'interno di una stima

¹Misure espresse in parità di potere d'acquisto (PPP).

delle disuguaglianze che si affidi esclusivamente a variabili monetarie senza tener conto di fattori che incidono pesantemente sul benessere della comunità. Altro elemento di importanza cruciale è quello della proprietà (di aziende, abitazioni, beni strumentali o beni di valore – come auto di lusso e barche). Piketty (2020), tra gli altri, mostra come mettendo a confronto il tasso di concentrazione della proprietà con quello dei redditi emerge con chiarezza che è ancor più disuguale la distribuzione della prima rispetto alla seconda. Questa differenza alimenta, in qualche maniera, l'idea che la dinamica dello sviluppo capitalistico consolidi la tendenza alla accumulazione di miseria contemporanea all'accumulazione di capitale (si veda al riguardo anche Marx K., 1867, *Il Capitale*, I, 24). Come dire che l'accumulazione di capitale ha come diretto correlato l'aumento della povertà.

Figura 1 – Disuguaglianza del reddito e di patrimonio, Francia 1900-2015



Fonte – Piketty, 2020 – Grafico 10.6 – p.490 edizione italiana.

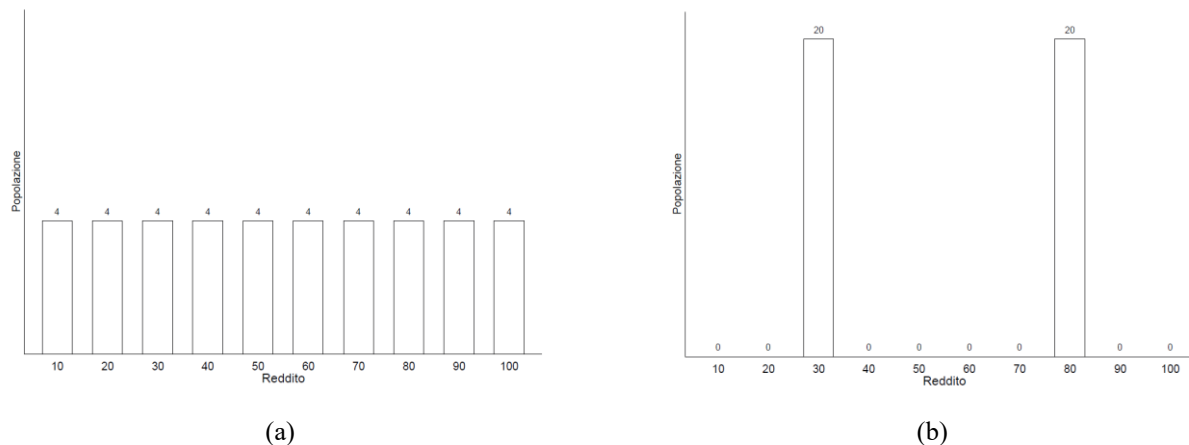
La Figura 1 mostra con chiarezza come la quota del patrimonio detenuto dal 10% più ricco è stato sempre sensibilmente maggiore rispetto all'analoga misura in termini di redditi (nel 2015 si ha un 55% vs 32%). Ma la questione non è relativa esclusivamente alla Francia, bensì comune a tutti i paesi a capitalismo avanzato (per ulteriori discussioni si veda Piketty, 2020). Anche in questo caso, sarebbe utile prendere in considerazione misure che possano in qualche maniera sintetizzare informazioni derivanti da entrambi gli ambiti come del resto fatto da Acciari et al. (2021), commentato nei paragrafi conclusivi di questo articolo.

d) Disuguaglianze e polarizzazione

Disuguaglianza e polarizzazione sono termini usati con grande (forse *eccessiva*) frequenza nel dibattito pubblico e per quanto siano sicuramente correlati tra loro, vanno valutati come concetti distinti. Mentre le misure di disuguaglianza sono concepite per valutare come il reddito (o la spesa per consumi) è distribuito(a) tra la popolazione, la polarizzazione è un

concetto riguardante la presenza di uno o più gruppi all'interno di una distribuzione. Esteban e Ray (1994) forniscono, tra i primi, una adeguata idea della differenza tra disuguaglianza e polarizzazione, cerchiamo di coglierne il senso mediante un esempio che consenta di illustrare in che misura disuguaglianza e polarizzazione siano due concetti diversi – tanto che i cambiamenti nella polarizzazione possono essere diversi da quelli individuabili nella disuguaglianza. Si supponga inizialmente che una popolazione di 40 individui sia distribuita in modo uniforme su dieci valori di reddito, distanziati equamente come mostrato nel riquadro (a) della Figura 2. Ora, si supponga di comprimere la distribuzione in due gruppi di uguali dimensioni concentrati sui livelli di reddito 30 e 80, come mostrato nel riquadro (b) della Figura 2. Chiaramente, i cambiamenti descritti nella distribuzione del reddito implicano una diminuzione della disuguaglianza, poiché la dispersione all'interno dei gruppi si riduce nel passaggio dalla distribuzione (a) alla (b). Tuttavia, confrontando le due situazioni (a) e (b), si può vedere che la società descritta dal profilo (b) risulta composta da due gruppi omogenei ma distanti e privi di una “classe media” che colmi il loro divario. In questo senso, la società è più polarizzata, poiché la classe media è scomparsa e l'identità di gruppo è più forte nella seconda situazione.

Figura 2 – Disuguaglianze e polarizzazione a confronto



Fonte: Schettino e Clementi, 2020 - Crisi, disuguaglianze e povertà – pag. 137 e 138

Quello descritto dalla Figura 2 è un caso che può spiegare, in maniera assai semplificata e comprensibile, come concetti assimilati nella discussione pubblica, nella analisi scientifica, in realtà vadano trattati in maniera distinta almeno in prima istanza², come due differenti punti di vista che vanno uniti in seconda battuta per permettere di avere una visione

²Si veda anche Clementi e Schettino (2015) sulle diverse tendenze dalle due misure in ambito brasiliano negli ultimi decenni.

complessiva del fenomeno delle iniquità. In modo più formale, si può dire che una popolazione di individui può essere raggruppata, secondo alcune caratteristiche, in gruppi omogenei, ma tali gruppi possono avere attributi diversi tra loro; tale società è di certo strutturata per poli (polarizzata) benché il livello della disuguaglianza potrebbe essere apparentemente basso.

In questo paragrafo, sostanzialmente di natura metodologica, abbiamo tentato di far emergere le notevoli difficoltà e i potenziali errori che si possono palesare in luogo di un'analisi distributiva che abbia la pretesa di riassumere con un unico numero o indice una serie di fenomeni che si interpolano costantemente e che, a turno mostrano aspetti contrastanti tra loro. Negli ultimi anni grande attenzione è stata riservata alla sottostima della parte della distribuzione del reddito più alta, quella che viene comunemente indicata col *top 1%*. Il perché ci sia tanta attenzione su un aspetto solo in apparenza così marginale è semplice da individuare: il peso che questo centile della distribuzione assume nella valutazione complessiva del fenomeno è evidentemente alto e tende a crescere. Le analisi censitarie che vengono proposte a livello mondiale per una serie di motivi – non da ultimo una propensione mondiale a evadere o nascondere in paradisi fiscali i guadagni più importanti – sembrano sottostimare ampiamente le ricchezze e i redditi *dell'élite* restituendo un quadro persino edulcorato rispetto a quello che è la realtà. Unendo questa documentazione con quella proveniente dalla fiscalità generale si è ottenuto un quadro più chiaro per quanto non ancora completo (si veda anche Alvaredo et al., 2013; Atkinson e Piketty, 2010; Atkinson et al. 2011). Un altro metodo, proposto tra gli altri anche da Clementi et al. 2020, propone di mescolare le informazioni di reddito con quelle di consumo proprio per ovviare al problema di sottostima delle disuguaglianze. Applicando questo metodo ai dati di molti stati africani emerge effettivamente che le iniquità sembrano essere significativamente superiori rispetto a quanto risulta dagli indicatori più tradizionalmente impiegati.

3. Tendenza mondiale delle disuguaglianze.

È innegabile che la crisi pandemica (2020-2021) abbia svelato quello che da tempo molti economisti e addetti ai lavori tendevano a negare con forza: ossia che l'attuale distribuzione

del reddito e delle ricchezze a livello globale fosse profondamente sperequata e che tali differenze si fossero ampliate a vista d'occhio negli ultimi decenni. La tesi prevalentemente accettata, narrazione egemone a livello scientifico e accademico, capovolgendo questa evidenza quotidiana, descrive le disuguaglianze in progressiva riduzione almeno dal secondo dopoguerra, restituendo così una società mondiale contemporanea caratterizzata da disparità non eccedenti quelle di inizio XX secolo (si veda la Figura 3, ad esempio). Se è innegabile che il modo di produzione abbia apportato uno sviluppo delle forze produttive inimmaginabile all'indomani della catastrofe post bellica, non è affatto ovvio che questa crescita tendenzialmente senza limiti sia coincisa con una superiore armonia sociale.

Figura 3 – L'andamento del Gini (tesi *mainstream*)

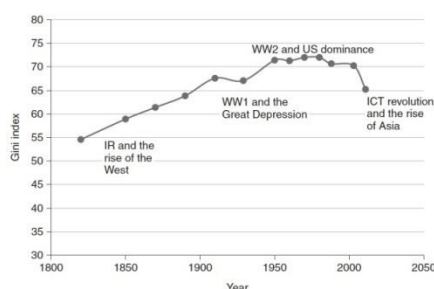


FIGURE 1.1. Estimated global income inequality, 1820–2013

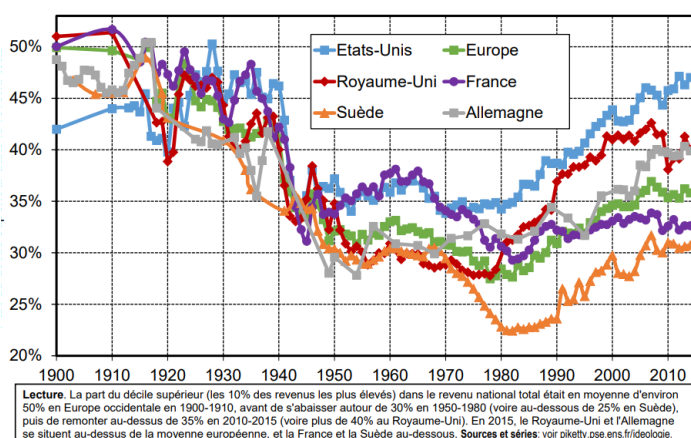
IR = Industrial Revolution; ICT = information and communication technologies. *Data source:* Data for 1820–1980 are based on Bourguignon and Morrisson (2002), with their GDPs per capita replaced by new data from the Maddison Project (2018). Data for 1988–2001 are based on Lakner and Milanovic (2016) and my own update. All incomes are in 2011 PPP dollars (purchasing power parity) (the latest round of International Comparison Project at the time of writing in 2018). For additional technical details, see Appendix C.

Fonte – Milanovic B., 2020 – Capitalismo contro Capitalismo, Ed. italiana – Laterza.

Le stime delle disuguaglianze riportate nella Figura 3, sono state effettuate utilizzando l'indice più noto anche ai non addetti ai lavori, ossia quello creato più di un secolo fa da Corrado Gini. Sinteticamente, esso restituisce un valore compreso tra 0 e 1, partendo dalla perfetta eguaglianza (valore 0), sino alla massima disparità (1), prefigurando pressoché infinite ipotesi intermedie. Come tutte le misure che sintetizzano fenomeni complessi, per sua stessa natura, l'indice di Gini presenta indubbi vantaggi ma anche molti limiti. Se i primi sono generalmente noti, tanto che ormai è da decenni consuetudine utilizzare tale indicatore come misura delle disuguaglianze *par excellence*, meno conosciute sono le controindicazioni legate all'affidarsi in maniera esclusiva ad esso. Se, infatti, è in grado di cogliere in maniera esemplare i movimenti dei decili attorno alla parte centrale della distribuzione – in altri termini della *middle class* – è meno abile nel pesare adeguatamente e contemporaneamente a tali movimenti, le cosiddette code della distribuzione, ossia i gruppi a cui appartengono i più poveri e i più ricchi. Come già detto anche in precedenza,

le soluzioni alternative proposte sono state tante, e di seguito, per motivi di sintesi se ne affronteranno solo alcune.

Figura 4 – L'andamento delle disuguaglianze con altre misure



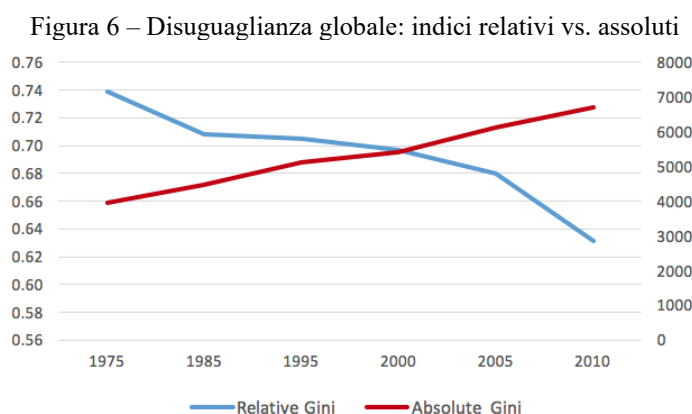
Fonte – Piketty, 2020 – Grafico 10.2 – p.482 edizione italiana.

Nel già citato testo di Piketty (2020), forse per la prima volta vengono raccolti e messi a sistema con una perizia inusuale dati provenienti da una gran parte dei paesi del globo. Gli angoli di analisi e gli spunti di riflessione sono numerosissimi, ma in questo ambito ci limiteremo a mostrare come la semplice adozione di misure statistiche alternative possa produrre risultati molto diversi. La Figura 4 mostra la tendenza delle disuguaglianze valutate attraverso un indice diverso dal Gini che si focalizza prevalentemente sulla percentuale del reddito detenuta dal 10% più ricco delle diverse società in un periodo superiore al secolo. È abbastanza visibile che la tendenza mostrata nella Figura 4 sia completamente opposta a quella riportata nella Figura 3, nonostante i dati presi in considerazione siano almeno in gran parte gli stessi. Mentre questa ci raccontava di una crescita delle disuguaglianze culminata negli anni 50 a cui è seguita una sostanziale riduzione delle stesse, l'altra ci descrive un importante crollo delle disparità nei primi anni del novecento a cui è seguita una crescita dell'accumulazione dei più ricchi dal 1980 in poi almeno.

La probabile inadeguatezza del semplice utilizzo del Gini, risiede oltretutto, nella sua implicita espressione *relativa* quando, in realtà, lo stesso indice potrebbe essere anche calcolato nella sua accezione *assoluta*. Per tentare di dare un'idea di cosa implica una scelta del genere proporremo due esemplificazioni. Immaginiamo di trovarci in una società composta da soli due individui in cui al tempo t il reddito del soggetto A è pari a 1\$ all'anno, mentre quello del soggetto B ammonta a 10.000\$. Si tratta evidentemente di una realtà

molto sperequata. Proviamo ora a pensare che l'anno successivo, e cioè al tempo $t+1$, il reddito del soggetto A cresca e giunga a 2\$ all'anno, e quello del soggetto B si incrementi ammontando a 20.000\$ annui. Che ci si trovi in una condizione di forte disuguaglianza è innegabile ma è importante dare una risposta alla domanda *La configurazione del tempo $t+1$ è più o meno sperequata rispetto all'anno precedente?*. È facile osservare che: 1) entrambi i redditi sono cresciuti; 2) entrambi i redditi sono raddoppiati e dunque rimasti invariati *proporzionalmente*; 3) la distanza *assoluta* tra il reddito del soggetto A e quello del soggetto B è aumentata da 9.999\$ (risultato di 10.000\$-1\$) al tempo t a 19.998\$ (=20.000\$-2\$) al tempo $t+1$. Semplificando al massimo, se si assume l'ottica degli indici *relativi* (quelli utilizzati quasi esclusivamente a tutti i livelli) il profilo distributivo non risulta essere mutato nel passaggio dal tempo t al tempo $t+1$ giacché le proporzioni dei redditi tra i due soggetti sono identiche – in termini formali: al tempo t $\{10.000/1\}$, l'anno successivo $\{20.000/2\}$. Gli indici assoluti, al contrario, avrebbero descritto una società al tempo $t+1$ ben più sperequata rispetto a t proprio perché al centro del ragionamento avrebbero collocato il calcolo effettuato da noi nel punto 3): formalmente $\{19.998 > 9.999\}$. Questo tipo di ragionamento non implica automaticamente che gli indici assoluti siano preferibili rispetto a quelli relativi ma che in talune (probabilmente molte) condizioni essi siano molto più adeguati a cogliere il cambiamento distributivo.

A questo punto non ci resta che proporre nuovamente il grafico riportato nella Figura 6 accostando alla linea di tendenza del Gini *relativo*, che abbiamo già analizzato almeno in parte nella Figura 3, quella dell'indice *assoluto*:



Fonte: UNU – United Nation University WIDER

Non sorprende il fatto che utilizzando lo stesso indice, quello di Gini, nella sua versione

assoluta, avremmo da raccontare una storia profondamente diversa. Più coerentemente con quella che è la materialità che quotidianamente si vive in ogni angolo del mondo, sembra che le disuguaglianze siano cresciute in maniera monotonica almeno dagli anni settanta/ottanta, accompagnando la genesi dell'ultima crisi.

4. Il caso italiano.

Da quanto si è detto nelle pagine precedenti risulta chiaro che per misurare la disuguaglianza è richiesto l'impiego di vari strumenti metodologici, ognuno dei quali tende ad enfatizzare alcuni aspetti, nascondendone inevitabilmente degli altri. Un modo per cercare di superare questi problemi e catturare le molteplici dimensioni della disuguaglianza, può essere quello di costruire indicatori sintetici, calcolati a partire dalla rilevazione di varie grandezze³. Inoltre, è anche necessario tener conto del fatto che misure basate su fonti informative diverse (ad es. redditi, consumi o patrimoni), raccolte talvolta con numerosità campionarie particolarmente esigue (come avviene nella maggior parte delle *survey*), tendono a produrre risultati disomogenei e spesso contraddittori. Differenze di questo tipo sono molto diffuse e sono rilevabili, come vedremo nel seguito, anche nelle ricerche effettuate più di recente in Italia.

Lo studio di Acciari et al. (2021), condotto nella scia delle ricerche di Piketty (2020), rileva che il nostro paese presenta un rapporto tra ricchezza e reddito tra i più alti al mondo e che, tuttavia, le conoscenze riguardanti la distribuzione di tale ricchezza sono limitate. Per cercare di colmare questo *gap* informativo gli autori utilizzano i dati relativi alle imposte di successione, che coprono fino al 63% della popolazione deceduta dal 1995 al 2016, e li

³Nell'ambito del Programma di Sviluppo delle Nazioni Unite (UNDP), a partire dal 2010, viene calcolato l'indice di sviluppo umano corretto per il livello di disuguaglianza (IHDI: *Inequality-adjusted Human Development Index*) nelle tre più tradizionali componenti (salute - in pratica l'aspettativa di vita - livelli di educazione e redditi) dell'indice di sviluppo umano (HDI). Naturalmente il primo indicatore è sempre inferiore al secondo (IHDI e HDI risulterebbero uguali solo nel caso della perfetta uguaglianza distributiva in ognuna delle componenti dell'HDI) e tale differenza viene interpretata come il costo della disuguaglianza in termini di sviluppo (oppure, in modo equivalente, come il mancato sviluppo imputabile alla disuguaglianza). È da notare che, su 189 paesi studiati dall'UNDP, nel 2019 l'Italia si colloca al 29-esimo posto per l'HDI e al 34-esimo posto per l'IHDI (UNDP, Human Development Report 2020, v. <https://report.hdr.undp.org/>), tale differenza è causata dalla maggiore disuguaglianza che caratterizza l'Italia rispetto ad altri paesi.

mettono a confronto con la ricchezza netta riportata nei conti pubblici nazionali⁴.

Rispetto ai risultati ottenuti in precedenza da alcuni ricercatori della Banca d'Italia, a partire dalle indagini campionarie sulle famiglie italiane (*Survey of Households on Income and Wealth* – SHIW – v. Cannari e D'Alessio, 2018), l'impiego dei dati sulle imposte di successione consente di rilevare un forte aumento della concentrazione della ricchezza e quindi della disuguaglianza a partire dalla metà degli anni '90. Nello stesso periodo, si registra un evidente declino della quota della ricchezza nazionale posseduta dalla metà meno ricca della popolazione adulta, secondo gli autori «our main result suggests a substantial increase in wealth concentration and wealth inequality, and a dramatic decline of wealth shares held by the bottom groups of the adult population» (Acciari et al., 2021, p. 36). Viceversa, secondo il precedente studio di Cannari e D'Alessio (2018), tra il 1995 e il 2016 la quota di ricchezza posseduta dal 1% degli italiani adulti più ricchi (circa mezzo milione di individui) sarebbe rimasta sostanzialmente stabile, intorno al 14% del totale della ricchezza nazionale, mentre dalla ricerca di Acciari et al. (2021) risulta che tale quota (stimata su una base di dati più ampia, e pertanto statisticamente più significativa) è aumentata dal 16% del 1995 al 22% del 2016 (un aumento di circa 6 punti percentuali).

La ricchezza posseduta invece dallo 0,1 per mille degli adulti più ricchi (cinquemila individui) è quasi triplicata nello stesso periodo, dal 1,8% al 5%. Mentre, la ricchezza dello 0,1% dei più ricchi, sempre valutata ai prezzi del 2016, risulta quasi raddoppiata, dal 5,5% del totale al 9,3%. Come dire che rispetto ad una ipotetica situazione di sostanziale uguaglianza, nella quale lo 0,1% della popolazione adulta più ricca detiene poco più dello 0,1% della ricchezza totale, questa piccola percentuale di possidenti concentrava nelle proprie mani 55 volte di più dello 0,1% della ricchezza totale del 1995 e 93 volte di più della stessa quota di ricchezza riferita all'anno 2016. Per contro, la quota di ricchezza netta controllata dal 50% più povero degli adulti è passata da 11,7% nel 1995 a 3,5% nel 2016. Un crollo stimato di circa l'80% (da 27000 a 7000 euro pro capite, in base ai prezzi del 2016).

Se si esamina il 10% costituito dai più ricchi, la loro quota di ricchezza è aumentata dal

⁴Bisogna segnalare che anche questa tipologia di dati non è in grado di fornire da sola tutte le informazioni rilevanti, pertanto sono richieste diverse operazioni preliminari di integrazione ed aggiustamento statistico-computazionale affinché possa costituire un utile supporto alle indagini sulla distribuzione della ricchezza, così da non perdere informazioni rilevanti e non incorrere in risultati distorti. Per tali questioni tecniche si rinvia all'articolo di Acciari et al. (2021).

44% al 56% dal 1995 al 2016. Mentre, la quota di ricchezza nelle mani di quel 40% degli individui che costituiscono la classe media, che nel 1995 era simile alla quota di ricchezza posseduta dal 10% più ricco, si è ridotta di circa 5 punti percentuali (Acciari et al. 2021, p.3). In questo stesso lavoro gli autori mostrano che in Italia, tra 1995 e il 2016, l'indice di Gini, quale misura di concentrazione della ricchezza, subisce un incremento di ben 14 punti percentuali, passando da 0,62, un valore già estremamente elevato, a 0,76. D'altra parte, anche in questo caso, lo studio di Cannari e D'Alessio (2018), condotto come si è detto su di una base informativa più limitata, non rileva negli stessi anni tale significativo incremento dell'indice di Gini. Acciari et al. (2021) mostrano invece che tale *trend* è inequivocabile e che, in linea con le analisi condotte da Piketty (v. Fig. 4), rappresenta una inversione di rotta rispetto agli andamenti dei decenni immediatamente precedenti.

La letteratura *mainstream* sulla misura della disuguaglianza trova nei lavori appena citati degli esempi che si potrebbero definire emblematici: i risultati ottenuti rilevano correttamente l'andamento della concentrazione della ricchezza, ma talvolta le argomentazioni proposte per spiegarla non riescono a coglierne le vere determinanti. Acciari et al. (2021) per spigare i loro risultati indugiano, con autorevoli riferimenti, su epifenomeni riconducibili, ad esempio, alle composizioni dei portafogli di attività (reali o finanziarie) distinte per le classi distributive della ricchezza ed ai corrispondenti rendimenti (in funzione delle alterne fasi del ciclo economico). L'esito, abbastanza scontato, a dire il vero, è che i possessori di grandi capitali finanziari hanno potuto aumentare considerevolmente i propri patrimoni proprio durante le fasi cicliche più turbolente (ad esempio in seguito alla crisi finanziaria del 2008/2009), mentre il costo di questo trasferimento netto di ricchezza è ricaduto sulle fasce meno ricche della popolazione e in seconda battuta sulla classe media (anche a causa della riduzione dei valori di alcune tipologie di immobili). Sembra che si tratti della realizzazione del fato. Altre spiegazioni, più fantasiose, vengono accantonate dagli stessi autori, come quella dell'evoluzione della ricchezza durante il ciclo di vita degli *agenti economici*. In tal caso, si tratterebbe di considerare la distribuzione nell'ambito di fasce di età omogenee, con l'aspettativa di ritrovarla sostanzialmente poco sperequata (i più vecchi sarebbero normalmente più ricchi dei più giovani, avendo avuto più tempo per accumulare maggiore ricchezza). Ma, i test condotti per l'Italia da Acciari et al. (2021) non confermano affatto tale assunto: la ricchezza rimane sperequata anche all'interno delle stesse classi di età o di genere (risultati

analoghi sono stati ottenuti da altri autori per altri paesi, si rinvia all'articolo citato per i dovuti riferimenti).

Altri fattori individuati dalla letteratura in esame come cause della crescente concentrazione della ricchezza, in particolare di quella immobiliare e del suo *trend* di lungo periodo, sono la trasmissione dei patrimoni ereditari, le donazioni e, soprattutto, le bassissime aliquote di imposizione fiscale, sempre meno progressive, dalle quali questi trasferimenti sono gravati. Naturalmente, ciò condiziona direttamente la mobilità sociale, anch'essa in continuo peggioramento, di pari passo con l'aumento della concentrazione della ricchezza. Si tratta, tuttavia, di fattori che hanno la propria origine nei rapporti di produzione delle classi sociali e nella diversa capacità di queste ultime di determinare l'assetto istituzionale e le norme fiscali. Alla luce della precedente esposizione, nelle prossime conclusioni proponiamo delle riflessioni che riprendono quest'ultima considerazione, che ha un ruolo preliminare, fornendo un'analisi alternativa della crescente disuguaglianza rispetto alla vulgata *mainstream*.

5. Conclusioni.

Una volta riconosciute le difficoltà insite nei tentativi di misurare univocamente la disuguaglianza, ed avendone ciononostante rilevata l'importanza e la dimensione, è necessario fornire per essa un fondamento epistemologico⁵. Seguendo Marx, la disuguaglianza è connaturata al sistema dei rapporti di produzione delle classi sociali, i proprietari del capitale da una parte e la classe dei lavoratori dall'altra. Più precisamente potrebbe essere indicata come un *presupposto-posto* del capitale. In altri termini, essa è al contempo necessaria e immanente allo sfruttamento della forza lavoro e, quindi, all'accumulazione del capitale. In tale descrizione del sistema capitalistico perde di rilevanza la speciosa distinzione tra distribuzione funzionale e personale dei redditi. Le istituzioni sono deputate a governare questo sistema, regolando la distribuzione dei redditi e delle ricchezze, in modo perfettamente funzionale agli interessi della classe dominante, proprietaria del capitale. Si consideri, a tale proposito, il ruolo esercitato nel capitalismo

⁵Rassicuriamo il lettore. In questa breve conclusione ci proponiamo obiettivi molto più modesti e circoscritti rispetto alla grande letteratura che annovera tra i suoi artefici autori del calibro di Jean-Jacques Rousseau.

contemporaneo dalle Banche centrali, nel regolare da un lato il conflitto interno alla classe dei capitalisti e dall'altro il conflitto tra questi ultimi e i lavoratori (v. Brancaccio e Suppa, 2018). Il potere istituzionale di fissare il tasso di interesse, infatti, consente di redistribuire il capitale tra i capitalisti, favorendone la concentrazione in poche mani. Data la tecnologia di produzione e il livello del tasso di interesse, i capitali meno remunerativi, che risultano tendenzialmente insolventi, sono oggetto di acquisizione (o distruzione) da parte di quelli più forti, i quali invece possono contare su più alti rendimenti e su una maggiore capacità di rimborsare i prestiti. I lavoratori, d'altro canto, tendono ad accettare minori saggi di salario quando le imprese nelle quali lavorano sentono l'odore della bancarotta finanziaria. Ciò permette al regolatore, la Banca centrale, di gestire il conflitto sociale e di favorire l'accumulazione e la concentrazione del capitale (l'acquisizione dei pacchetti azionari e la centralizzazione del controllo sulle decisioni di produzione). Si aggiunga che, in Italia e in Europa, ma non solo, a partire dalla metà degli anni settanta del secolo scorso, a seguito delle politiche di liberalizzazione del mercato del lavoro, la classe dei lavoratori (inclusi gli autonomi) ha perso ben più di 10 punti percentuali della propria quota sulla produzione annua (*wage share* o *labour income share* secondo le diverse definizioni, v. Suppa, 2018). Le privatizzazioni e i sistemi fiscali regressivi (la riduzione della progressività delle imposte e continui tagli alla spesa pubblica) hanno fatto il resto.⁶ In definitiva, alla luce di quanto si è detto, l'attuale crescente disuguaglianza, che riscuote meritata attenzione in ambito scientifico, così come da parte dell'opinione pubblica, desta meno clamore di quanto si potrebbe a primo impatto avvertire. Chiudiamo queste brevi note proponendoci di approfondire in un prossimo lavoro il discorso sulle nefaste conseguenze della disuguaglianza.

6. Bibliografia.

P. Acciari P., F. Alvaredo e S. Morelli S. (2021), *The concentration of personal wealth in Italy 1995-2016*”, in *World Inequality Lab – Working Paper*, n. 14/2021.

⁶Queste conclusioni non sono la sede idonea per proporre un esame critico degli orientamenti che la politica economica ha intrapreso in Occidente a partire dagli anni settanta del secolo scorso. Quindi, per una critica del sistema di regolamentazione macroeconomica e, in particolare, delle attuali proposte di riforma avanzate in Europa, si consenta il rinvio a D'Acunto e Suppa (2021a, 2021b).

F. Alvaredo, A.B. Atkinson, T. Piketty e E. Saez (2013), *The top 1 percent in international and historical perspective*, in *Journal of Economic Perspectives*, 27 (3), pp. 3-20.

A.B. Atkinson e T. Piketty (2010), *Top Incomes. A Global Perspective*, Oxford, Oxford University Press.

A.B. Atkinson, T. Piketty e E. Saez (2011), *Top Incomes in the Long Run of History*, in *Journal of Economic Literature*, 49 (1), pp. 3-71.

E. Brancaccio e D. Suppa (2018), *The 'Solvency Rule' of the Central Banker in a Monetary Scheme of Reproduction*, in *Bullettin of Political Economy*, 12:1-2, pp. 77-98.

L. Cannari e G. D'Alessio (2018), *Wealth inequality in Italy: a reconstruction of 1968-75 data and a comparison with recent estimates*, in *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers*, n. 428, Banca d'Italia.

F. Clementi, A.L. Dabalen, V. Molini V. e F. Schettino (2017), *When the Centre cannot hold: Patterns of Polarization in Nigeria*, in *The Review of Income and Wealth*, Series 63, n. 4, dicembre 2017.

F. Clementi, A.L. Dabalen, V. Molini e F. Schettino (2020), *We forgot the middle class! Inequality underestimation in a changing Sub-Saharan Africa*, in *The Journal of Economic Inequality* 18, pp. 45-70.

S. D'Acunto S. e D. Suppa (2021a), *L'output gap tra scienza e superstizione*, in *Moneta e Credito*, Vol. 74, n. 294, giugno 2021, pp. 113-135.

S. D'Acunto S. e D. Suppa (2021b), *Reforming Eurozone Fiscal Rules. A Critical Appraisal of the Debate*, in *Futuri*, n. 15 (VIII), giugno 2021, pp. 41-54.

D. Echevarría D., A. Gabriele, S. Romanò e F. Schettino (2019), *Wealth distribution in Cuba (2006–2014): a first assessment using microdata*, in *Cambridge Journal of Economics*, 43 (2), March, pp. 361-383.

M.J. Esteban J. M. e D. Ray (1994), *On the Measurement of Polarization*, in *Econometrica*, 62 (4), pp. 819-851.

C. Filosa, G. Pala e F. Schettino (2021), *Crisi globale. Il capitalismo e la strutturale epidemia di sovrapproduzione*, in *L'AntiDiplomatico*, Roma.

B. Milanovic (2020), *Capitalismo contro Capitalismo*, Ed. italiana, Laterza, Bari.

T. Piketty T. (2020), *Capital and Ideology*, Harvard University Press.

M.G. Pittau, R. Zelli e P.A. Johnson (2010), *Mixture Models, Convergence Clubs and Polarization*, in *Review of Income and Wealth*, 56, pp. 102-22.

F. Schettino e F. Clementi (2020), *Crisi, disuguaglianze e povertà. Le iniquità del capitalismo, da Lehman Brothers alla Covid-19*, in *La Città del Sole*, Napoli.

F. Schettino e H.A. Khan (2021), *Income polarization in the USA: What happened to the middle class in the last few decades?*, in *Structural Change and Economic Dynamics*, 53, issue C, pp. 149-161.

A. Sen (1985), *Commodities and Capabilities*. North-Holland.

D. Suppa (2018), *Labour flexibility policies and unemployment*, in U. Comite U. e N. Oliva (a cura di), *Public and Private management, a multidisciplinary approach*, VirtusInterpress, pp. 203-214.

Abstract: Sebbene la recente pandemia abbia gravemente accentuato le disuguaglianze economiche, attirando anche l'attenzione dei media, l'aumento di queste ultime segue un trend che viene da lontano. Questo lavoro ha l'obiettivo principale di fornire elementi propedeutici alla comprensione di questa tendenza, attraverso una preliminare disamina di alcuni aspetti controversi riguardanti l'impiego degli indicatori statistici che sono generalmente utilizzati per misurarla. Le disparità, per loro natura, coinvolgono sempre categorie socio-economiche variegate e multidimensionali, per cui è senz'altro una scelta rischiosa quella di pretendere di sintetizzarle in un unico indicatore, per quanto raffinato nella sua costruzione. Con tale premessa vengono poi presentate alcune caratteristiche salienti delle crescenti disuguaglianze, rilevate dalla letteratura specialistica sul piano mondiale e in particolare in Italia. Infine, per interpretare queste evidenze, viene proposta una chiave di lettura con fondamenti epistemologici robusti che si discosta sensibilmente dalle argomentazioni mainstream.

Abstract: Although the recent pandemic has seriously accentuated economic inequalities, attracting also the media attention, their increase follows a trend that comes from afar. This work has the main objective of providing preparatory elements for understanding this trend, through a preliminary examination of some controversial aspects regarding statistical indicators that are broadly used to measure it. Disparities, by their nature, always involve variegated and multidimensional socioeconomic categories, so it is certainly a risky choice to claim to summarize them in a single indicator, however refined in its construction. With this premise and referring to the specialized literature, some principal characteristics of the

growing inequalities at World and Italian level are presented. Finally, to interpret these evidences, it is proposed a key to reading with robust epistemological foundations that significantly deviates from the mainstream arguments.

.

Parole chiave: Disuguaglianze – Ricchezze – Redditi – Classe media – Polarizzazione.

Key words: Inequalities – Wealth – Income – Middle Class – Polarization.

LA VERTICALIZZAZIONE DELLA DECISIONE POLITICA E IL RAPPORTO TRA STATO E REGIONI NEL CONTRASTO ALLA DIFFUSIONE DEL CONTAGIO DA COVID/19.

di Paola Mazzina*

Sommario. 1. Premessa. — 2. Misure di contrasto alla diffusione della pandemia Covid/19, rapporti Stato-Regioni e fuga dalle intese. — 3. Pandemia, torsioni monocratiche e percorsi di personalizzazione politica. — 4. Il rafforzamento degli organi di raccordo cooperativo.

1. Premessa.

La tutela della salute – espressione inserita nell’art. 117, comma 3, Cost. con la l. cost. n. 3/2001 – è stata disciplinata nel nostro ordinamento attraverso disposizioni che nel tempo, ad elementi di uniformità giuridica, ne hanno affiancato altri di differenziazione, modulazioni entrambe rinvenibili nell’originario dettato costituzionale ed in successive riforme costituzionali e legislative¹.

Le ricadute territoriali derivate da tale impianto hanno alimentato un ampio dibattito sulla reale capacità del decentramento sanitario di assicurare i principî di solidarietà e uguaglianza e la sostenibilità finanziaria dei servizi – temi che gravano sulla responsabilità delle istituzioni politiche regionali e che si sono più volte intrecciati con le proposte di ulteriore devoluzione di competenze alle Regioni – ma hanno anche offerto l’occasione, in piena emergenza pandemica, per testare la tenuta dei modelli di organizzazione sanitaria e della forma di governo regionale, mettendo complessivamente alla prova anche i rapporti tra Stato e Regioni.

* Professoressa Associata in Diritto costituzionale – Università di Napoli “Parthenope”.

¹ I modelli di erogazione del servizio sanitario sono tendenzialmente distinguibili – sulla scorta delle esperienze regionali maturate nel tempo – in due opposti approcci politico-istituzionali: quello fondato sulla valorizzazione del principio costituzionale di solidarietà sociale e quello centrato sull’individualizzazione della risposta al bisogno e, segnatamente, sul principio di concorrenza, sulla limitazione al minimo dell’organizzazione sanitaria e, quindi, sulla valorizzazione della libertà di scelta del singolo. Per tutti, L. Vandelli, *Il federalismo alla prova: le Regioni tra uniformità e differenziazione*, in L. Vandelli e F. Bassanini (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, 2012, p. 9 ss.

Ci si propone di indagare qui il modo di manifestarsi della decisione politica statale e regionale di fronte all'imprevista crisi sanitaria, segnatamente quanto all'impatto che si è prodotto sulla forma di Stato e, quindi, sul rapporto tra lo Stato e le articolazioni del potere a livello regionale².

2. Misure di contrasto alla diffusione della pandemia Covid/19, rapporti Stato-Regioni e fuga dalle intese.

Il punto di partenza delle complesse dinamiche da indagare va fatto risalire, come noto, alla dichiarazione di emergenza nazionale deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, che ha individuato la fonte con cui regolare il fenomeno nelle ordinanze di cui all'art. 25 del Codice della protezione civile, da adottarsi dal Capo del Dipartimento della protezione civile sulla base di intesa con le Regioni e Province autonome territorialmente interessate³; e, segnatamente, nelle prime ordinanze di contenimento e gestione della diffusione del virus che, contestualmente, sono state adottate dal Ministro della salute, anche in questo caso d'intesa con alcuni Presidenti di Regione (tra i primi quelli della Lombardia e Veneto), ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978⁴.

Tuttavia, già con il d.l. n. 6/2020 il Governo, ponendosi in termini in discontinuità rispetto agli interventi normativi indicati, ha sostituito il sistema delle «intese» con un tipo di collaborazione più attenuata, laddove, all'art. 3, comma 1, ha attribuito un ruolo centrale

² Tra i primi volumi che hanno trattato il tema — che ha praticamente pressoché monopolizzato nell'ultimo biennio l'attenzione dei giuristi e non solo nel nostro Paese — sotto varie angolature si segnalano in Italia, S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020. *Ex plurimis*, anche M. Borgato e D. Trabucco (a cura di) *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020; M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo e M. Malvicini, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, Napoli, 2020; F. Niola e M. Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, 2020; I. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020.

³ Il Consiglio dei ministri ha adottato la deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 (*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*) e demandato inizialmente la gestione dell'emergenza alle ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile. Una peculiare ricostruzione, che riconduce il sistema derogatorio adottato a un'applicazione del modello costituzionale di cui all'art. 78 Cost, ma senza esplicitarlo, per la mancanza nella nostra Costituzione di specifiche «clausole costituzionali di emergenza» (presenti invece in altre Costituzioni contemporanee) è proposta da S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del Coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1/2020.

⁴ Si tratta delle ordinanze di carattere contingibile e urgente del Ministero della salute adottate, tra le prime di una copiosa produzione, ai sensi dell'art. 32, l. n. 833/1978, a partire dal 21 e 22 febbraio 2020, d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia e con il Presidente della Regione Veneto, per l'istituzione delle prime zone rosse.

nella gestione dell'emergenza ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dd.PP.CC.mm.), provvedimenti ai quali è stata demandata l'adozione di misure di contrasto al Covid -19, stabilendo che fossero adottati «sentiti» i Presidenti di Regione, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, a seconda dell'ampiezza del territorio interessato dalle medesime misure ed affidando ai Presidenti di Regione e ai Sindaci la facoltà di adottare, nelle more della loro adozione e in casi di estrema necessità ed urgenza, misure di contrasto alla pandemia, la cui efficacia è stata subordinata alla comunicazione al Ministro della salute entro le successive ventiquattro ore⁵.

Pur nel concorso di più fonti di disciplina della medesima situazione d'urgenza, è emersa da subito la mancata previsione di forme di concertazione o strumenti di coordinamento volti a favorire un confronto costante tra centro e periferie, circostanza che ha instaurato un orientamento, confermato in maniera ancora più netta con il successivo d.l. n. 19/2020, pressoché abrogativo del precedente, ma teso ad attrarre comunque al centro la gestione

⁵ Ci si riferisce al d.l. n. 6/2020, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* pubblicato sulla G.U. del 23 febbraio 2020 a 48 ore di distanza dai primi interventi del Ministro della salute, convertito con modifiche nella l. 13/2020 e seguito dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri rubricato *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*. L'emergenza sanitaria è stata gestita attraverso l'adozione di una serie di provvedimenti di varia natura giuridica. A livello statale si è fatto uso dei decreti legge, dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, delle ordinanze ministeriali e del Dipartimento di Protezione Civile, nonché di ulteriori atti e provvedimenti amministrativi destinati ad incidere su vari settori dell'ordinamento. A livello sub-statale, le Regioni e molti Comuni hanno attuato ed implementato le previsioni emergenziali nazionali e, in qualche caso, hanno adottato iniziative autonome, approvando una serie di ordinanze contingibili e urgenti, alcune delle quali di dubbia validità o palesemente illegittime (e, infatti, alcune sono state successivamente annullate dai Prefetti). Tra i problemi di natura costituzionale innescati dalla pandemia una delle prime questioni che si è posta ha riguardato il rapporto tra stato di emergenza e sistema delle fonti. Per tutti, G. Azzariti, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020. Su tale piano, nel rilevare che l'utilizzo del decreto legge e dei dd.PP.CC.mm. all'inizio è stato «[...] concepito in modo improprio come una sorta di delega in bianco e successivamente in modo più corretto, attraverso una più puntuale tipizzazione delle misure adottabili», ci si è interrogati se «[...] la strada intrapresa fosse davvero una strada obbligata [...]» o non si potesse affidare lo stesso compito alla fonte regolamentare sottoposta come è ad una serie di controlli preventivi al Consiglio di Stato ed al Presidente della Repubblica, dai quali sfugge il d.P.C.m. Cfr. P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fascicolo speciale/2020, p. 297.

Rilievi critici nei confronti della linea del Governo di interloquire con il Presidente della Conferenza delle Regioni si ritrovano in particolare in E. Catelani, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid -19? Più forma che sostanza*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fascicolo speciale/2020, p. 502 e ss. che, nel rilevare la crisi nella fase dell'emergenza del principio di leale collaborazione, individua nel sistema delle Conferenze un asse portante della nostra forma di Stato, in grado di bilanciare il principio di unità della Repubblica con quelli dell'autonomia e del decentramento; E. D'Orlando, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, *Ivi*, p. 578 ss.; e F. Savastano, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, p. 24 ss.

del contrasto alla pandemia⁶.

Con l'adozione del d.l. n. 19/2020, convertito nella l. n. 35/2020, è stato infatti consentito alle Regioni (cfr. art. 3, commi 1 e 2) di introdurre esclusivamente misure restrittive in via ulteriore rispetto a quelle vigenti, per far fronte a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario, tali da interessare il relativo territorio (nella sua interezza o anche solo in una parte), sempre nelle more dell'adozione dei dd.PP.CC.mm., prevedendo, inoltre, la validità di quanto disposto anche nel caso di atti posti in essere per ragioni di sanità, in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente⁷.

In altri termini, con il d.l. n. 19/2020 il Governo, nell'intervenire nuovamente sui rapporti tra Stato e Regioni, ha tipizzato all'art. 1, comma 2, le misure potenzialmente applicabili su tutto il territorio nazionale o su parte di esso, per contenere e contrastare durante un tempo limitato i rischi sanitari conseguenti, sostituendo alla eccessiva genericità delle disposizioni di cui al d.l. n. 6/2020 una definizione dettagliata ed esaustiva di tutte le misure applicabili per contrastare l'emergenza⁸.

⁶ Tale orientamento, già presente nel d.l. n. 6/2020, è stato confermato dalla legge di conversione n. 13/2020, con cui il legislatore interviene sugli artt. 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 stabilendo, rispetto all'art. 2, che i riferimenti alle autorità competenti a provvedere, che nel testo del d.l. n. 6/2020 risultavano generici, devono essere letti nel quadro dei poteri attribuiti al Presidente del Consiglio dei ministri, come previsto nell'art. 3, comma 1, e agli altri poteri previsti espressamente nel successivo comma 2. A questo comma si aggiunge un ulteriore periodo, in forza del quale le misure eventualmente adottate dai Presidenti delle Giunte regionali e dai Sindaci, nelle more dell'adozione dei dd.PP.CC.mm., perdono efficacia se non comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore. Inalterato resta il comma 5 dell'art. 3, d.l. n. 6/2020, che attribuisce soltanto ai Prefetti il compito di monitorare l'attuazione delle misure di contenimento, avvalendosi delle forze dell'ordine e delle forze armate.

⁷ Il d.l. n. 19/2020, all'art. 3, comma 1, ha previsto che: «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, 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». In particolare, il d.l. n. 19/2020 supera le criticità contenute nel d.l. n. 6/2020, tipizzando (come già notato) le misure adottabili con d. P. C. m. e introducendo una loro durata predeterminata, non superiore a trenta giorni, ancorché reiterabili e modificabili sino alla conclusione dello stato di emergenza. Quanto ai Sindaci, viene fatto divieto di adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali, né eccedendo i limiti cui erano sottoposte le ordinanze regionali (art. 3, comma). L'art. 2, comma 3 salva gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. n. 6/2020, ovvero ai sensi dell'art. 32, l. n. 833/1978.

⁸ Si è stabilito, così, che solo in questo ambito i singoli provvedimenti attuativi avrebbero potuto decidere, a seconda del luogo e del momento di applicazione, le misure più opportune ed efficaci, affidando (cfr. art. 2, comma) a dd.PP.CC.mm. – ossia, anche in questo caso, ad atti dell'Esecutivo, *rectius*, del Presidente del Consiglio – adottati o su proposta del Ministro della salute o dei Presidenti di Regione o del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, il compito di individuare le misure di cui all'art. 1, ed ammettendo, ai sensi del comma, che in casi di estrema necessità e urgenza, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al precedente comma e con efficacia limitata fino a tale momento, il Ministro della salute potesse adottare, con ordinanze di carattere contingibile e urgente (in base all'art. 32, l. n. 833/1978), le misure previste dall'art. 1 del provvedimento in esame.

Di fronte alle numerose ordinanze regionali e comunali che il più delle volte si sono rivelate riprodottrici del contenuto dei dd.PP.CC.mm., si è con tale riformulazione ridotto drasticamente il potere di ordinanza delle Regioni, segnando così una netta cesura non solo rispetto all'indirizzo seguito a partire dal 21 febbraio 2020 (allorché, in attesa della introduzione della speciale disciplina emergenziale di cui al citato d.l. n. 6/2020, sono state adottate le ordinanze del Ministro della salute d'intesa con i Presidenti delle Regioni interessate dal contagio), ma anche rispetto al d.l. n. 6/2020, con cui si era consentito un intervento delle Regioni nella definizione dei divieti «nelle more» dell'approvazione dei dd.PP.CC.mm., peraltro nei soli casi di «estrema necessità e urgenza»⁹.

Il ridimensionamento della partecipazione delle Regioni alla fase iniziale di adozione delle misure di contrasto alla diffusione del virus — ossia quella, per intendersi, in cui il ruolo degli enti territoriali può essere più rilevante e decisivo — è agevolmente desumibile dall'art. 3: disposizione con cui, come si è anticipato, è stato regolato il rapporto tra le misure statali adottate con dd.PP.CC.mm. per fronteggiare l'emergenza epidemiologica e i provvedimenti degli enti territoriali posti in essere per la medesima finalità e che, al comma 1, ha circoscritto nei presupposti, nel contenuto e nell'efficacia i poteri delle Regioni di stabilire misure di contrasto all'emergenza anche se contenute in atti posti in essere per ragioni di sanità sulla base di disposizioni di legge previgenti (comma 3).

È evidente che lo Stato, nel rafforzare il potere di coordinamento statale nella gestione dell'emergenza rispetto a quanto già previsto nei decreti legge precedenti (dd.ll. nn. 6 e 9/2020, di cui peraltro il d.l. n. 19/2020 ha previsto l'abrogazione), ha perseguito l'obiettivo di evitare che l'efficacia delle misure statali potesse essere ridotta da iniziative concorrenti degli altri livelli territoriali, preferendo alla condivisione dei provvedimenti un accentramento dei poteri socio-sanitari di gestione della crisi in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, spinto — intersecando così competenze statali e regionali — fino a

⁹ Sulla base dell'andamento della situazione epidemiologica nel territorio, è stato consentito alle Regioni introdurre misure derogatorie rispetto a quelle disposte dai dd.PP.CC.mm. (adottati ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 19/2020), esclusivamente nelle more dell'adozione di ulteriori dd.PP.CC.mm. e con contestuale informazione nei confronti del Ministro della salute. L'art. 2, d.l. n. 19/2020, al comma 1, demanda l'adozione delle misure di contenimento (elencate nell'art. 1) ai dd.PP.CC.mm., per l'adozione dei quali si procede su proposta del Ministro della salute o su impulso delle Regioni (con una proposta dei Presidenti delle Regioni interessate, qualora le misure riguardino esclusivamente una o più Regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, qualora le misure riguardino l'intero territorio nazionale). In entrambi i casi, il decreto è adottato sentiti il Ministro dell'Interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia (nonché sentiti i Presidenti delle Regioni interessate o il Presidente della Conferenza delle Regioni nel primo caso).

fissare il divieto che provvedimenti regionali potessero incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia¹⁰.

Nel momento in cui sono stati registrati i primi importanti risultati sul fronte del contenimento dell'emergenza sanitaria e si sono create le condizioni per favorire la ripresa dell'attività economica, è intervenuto il d.l. n. 33/2020 che, nel modificare ancora le disposizioni richiamate, ha rafforzato il ruolo delle Regioni nella gestione dell'emergenza, attribuendo loro, unitamente al monitoraggio della situazione epidemiologica e conseguentemente agli esiti dello stesso, la facoltà di introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte dai dd.PP.CC.mm. e definendo anche le caratteristiche della cd. *fase 2* e i tempi per le riaperture delle diverse attività sociali ed economiche, fatta eccezione per la scuola e l'università¹¹.

In termini generali, l'art. 1, d.l. n. 33/2020 sembra segnare la volontà del Governo di affidare maggiori poteri circa il monitoraggio epidemiologico e le conseguenti azioni alle Regioni, ristabilendo così un certo decentramento decisionale e tuttavia — con un successivo decreto dal contenuto nuovamente oscillante rispetto al d.l. n. 33/2020, ossia il d.l. n. 125/2020 — si è ritornati a riservare alle Regioni parziali spazi di decisione, laddove si è riconosciuta, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) (*Misure regionali in deroga ai DPCM*) la facoltà di introdurre misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid/19, in deroga a quelle contenute nei dd.PP.CC.mm., ma solo per l'adozione di misure più restrittive, salvo disposizioni diverse disposte dai medesimi dd.PP.CC.mm.¹².

Se le richiamate misure derogatorie, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 125/2020,

¹⁰ La disposizione sembra ispirarsi all'art. 120 Cost. che, come noto, attribuisce al Governo la facoltà di sostituirsi ad organi delle Regioni nel caso di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica". E, tuttavia, si è rilevato che il rispetto del principio di sussidiarietà e leale collaborazione, previsti dalla Costituzione, è stato osservato con riferimento al primo principio (sussidiarietà) per ragioni di gestione di una malattia che ha riguardato tutta la Nazione, mentre più complesso è il giudizio in merito al secondo principio (leale collaborazione) che, come la prassi ha posto in evidenza, non ha funzionato in maniera corretta. Cfr. E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fascicolo speciale/2020, p. 393.

¹¹ Il rafforzamento del ruolo delle Regioni in questa fase si ricava da due disposizioni: la prima, contenuta nell'art.1, comma 16, con cui è stata attribuita alle Regioni, unitamente al monitoraggio della situazione epidemiologica e conseguentemente agli esiti dello stesso, la facoltà di introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte dai dd.PP.CC.mm.; la seconda, prevista dall'art.1, comma 14, ai sensi del quale alle Regioni spetta la definizione dei protocolli e delle linee guida per la prevenzione e la riduzione del rischio di contagio cui è subordinato lo svolgimento delle attività economiche, produttive e sociali.

¹² In particolare, la disposizione in esame modifica l'art. 1, comma 16, terzo periodo, del d.l. n. 33/2020 nella parte in cui delinea un quadro normativo, in cui le Regioni sono tenute all'effettuazione di un monitoraggio, con cadenza giornaliera, dell'evoluzione della situazione epidemiologica e delle condizioni di adeguatezza del sistema sanitario nazionale.

potevano dunque essere di carattere sia ampliativo, sia restrittivo, rispetto alle prescrizioni contenute nei dd.PP.CC.mm., con la modifica introdotta dalla lettera *a*) dell'art. 1, comma 2, si è confermata la possibilità per le Regioni di adottare solo misure *in peius*, comprimendosi di nuovo il margine di discrezionalità in capo alle stesse per l'adozione di misure ampliative, adottabili nei soli casi eventualmente previsti dai dd.PP.CC.mm., nel rispetto dei criteri ivi indicati e previa intesa con il Ministro della salute, non essendo più sufficiente la mera comunicazione al medesimo titolare del Dicastero¹³.

L'andamento altalenante del legislatore in ordine all'ampliare e ridurre i margini di decisione politica delle Regioni lo si ritrova anche nel d.P.C.m. 3 novembre 2020 – con l'introduzione del sistema della zonizzazione *per colori*, volta a differenziare le misure di contenimento del contagio a seconda della gravità del livello di diffusione e di rischio e, segnatamente, della capacità delle Regioni di farvi fronte – che si muove nella direzione di un riconoscimento a favore delle Regioni di maggiori spazi di intervento, nella parte in cui demanda alle ordinanze del Ministro della salute la classificazione dei territori regionali in diverse aree di rischio, il monitoraggio dell'andamento epidemiologico negli stessi e le eventuali modifiche delle misure restrittive delle libertà, rispetto a quelle precedentemente individuate, prevedendo, se ampliative, l'intesa con il Presidente della Regione interessata¹⁴; e, successivamente (a ridosso delle festività natalizie) nei provvedimenti con i quali sono stati, per l'ennesima volta, adottati interventi statali uniformanti, diretti a introdurre nuove restrizioni¹⁵.

¹³ Nella relazione illustrativa al decreto legge, si specifica che tale novella è ritenuta opportuna, alla luce della recrudescenza dell'infezione da Covid/19, al fine di evitare che possano essere adottate misure di contrasto all'epidemia meno restrittive di quelle previste a livello nazionale, tranne nei casi in cui si tratti di modulare diversamente le predette misure sul territorio, in ragione della diffusione del virus. Dalla formulazione vigente si evince che qualora la Regione intenda adottare misure derogatorie ampliative, oltre ad acquisire l'intesa del Ministro della salute, sia anche tenuta a informare dell'iniziativa il medesimo titolare del Dicastero.

¹⁴ Artt. 1, 2 e 3 del d.P.C.m., 3 novembre 2020 che, nel differenziare per territori le misure restrittive, ha fissato misure restrittive delle libertà fondamentali comuni a tutte le Regioni (art. 1: zona gialla), ed ammesso misure più restrittive, distinte per forme e gradi di restrizioni, valevoli soltanto in alcune Regioni (art. 2: zona arancione; art. 3: zona rossa).

¹⁵ La scelta di differenziare la mappatura dei territori regionali, secondo il grado di rischio di diffusione del contagio da Covid-19, è stata successivamente ripresa dal d.l. n. 15/2021, che prevede diverse zone di rischio: bianca, gialla, arancione e rossa (art. 1), nelle quali sono applicabili misure restrittive comuni e misure differenziate secondo le diverse aree, sulla base di quanto disposto dal d.P.C.m. 2 marzo 2021. Si vedano, rispettivamente, il Capo I per le misure applicabili sull'intero territorio nazionale e i Capi II, III, IV e V per le misure differenziate, del d.P.C.m. 2 marzo 2021, contenente *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, 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, e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante*

Di nuovo nel segno della differenziazione – ma stavolta *in peius* – opera il successivo d.l. n. 44/2021 che ha riconosciuto, indicando il periodo temporale, ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano la possibilità di applicare le misure stabilite per la zona rossa, nonché ulteriori, motivate, misure più restrittive tra quelle previste dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020, fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1.

Più precisamente, il d.l. n. 44/2021, nell'interrompere la catena dd.ll./dd.PP.CC.mm. e nell'archiviare l'utilizzo dei dd.PP.CC.mm., segna certamente un deciso cambio di passo nell'utilizzo delle fonti nella gestione pandemica, restituendo alla dimensione collegiale del Consiglio dei ministri l'adozione di specifiche misure di contenimento; ma, quanto ai rapporti tra gli enti territoriali intermedi, da una parte all'art. 1, comma 5, ammette la possibilità dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano di applicare, con motivazione, nei propri territori, per un periodo limitato e in presenza di alcuni parametri ivi previsti, le misure stabilite nella zona rossa, nonché ulteriori misure più restrittive, tra quelle previste dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020; e, dall'altra, tuttavia, all'art. 2, comma 1, esclude che gli stessi possano derogare alle misure previste dal decreto riguardanti la didattica in presenza per le scuole di infanzia, per le scuole elementari e per il primo anno delle scuole medie, salvo casi eccezionali di presenza di focolai nella popolazione scolastica anche localizzati e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità¹⁶.

Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Si tratta dell'ultimo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri utilizzato dal Governo per la gestione della pandemia, da qui in poi si è fatto ricorso soltanto allo strumento del decreto-legge.

¹⁶ I rapporti tra Stato e Regioni sono stati affrontati, tra gli altri, da G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid -19*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, p. 361 ss.; L. Cuocolo, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in *DPCE online*, n. 1/2020, p. XV s.; F. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020, p. 74 ss.; E. Longo, *Episodi*, cit., p. 383 ss.; G. Scaccia e C. D'Orazi, *La concorrenza tra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2020, p. 116 s. ai quali si rinvia anche per la disamina di alcuni casi pratici. In argomento sia consentito rinviare più ampiamente a P. Mazzina, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020.

Più recentemente, si vedano M.P. Iadicicco, *Pandemia e rapporti tra Stato e Regioni in sanità. Riflessioni su di un antico travaglio, limiti e criticità di alcune proposte di riforma. "Tutto cambi affinché tutto rimanga com'è"*, in *Dirittiregionali.it*, n. 3/2021; C. Negri, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19 tra uniformità e differenziazione*, Ivi; F. Pastore, *Le sedi di composizione e di tutela degli interessi nelle relazioni tra livelli territoriali di governo in Italia durante l'emergenza pandemica*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021. Osservazioni critiche hanno riguardato l'indifferenziata applicazione, per buona parte del 2020, su tutto il territorio nazionale delle stesse identiche misure di contenimento della diffusione del contagio ponendo l'attenzione sulla diversa capacità di ripresa dei territori. In argomento, si consigliano i contributi di M. Betzu e P. Ciarlo, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biodiritto.org*, 22

La ricognizione della produzione normativa evidenzia che, rispetto all'emarginazione (o meglio, all'autoemarginazione) del Parlamento e delle assemblee in genere, l'Esecutivo ha scelto di mantenere a livello centrale le misure necessarie per evitare il contagio e mettere in sicurezza i cittadini, lasciando solo alcuni e limitati poteri alle Regioni (e ai Sindaci).

Prova ne è che, sul piano delle fonti, si è fatto largo impiego dei decreti legge e dei dd.PP.CC.mm. – la cui produzione, come si riferiva, è stata interrotta soltanto con il d.l. n. 44/2021 – e con una copertura legislativa che – almeno fino al d.l. n. 19/2020 – è stata considerata discutibile; mentre, sul piano delle competenze, sono state combinate quelle esclusive – si pensi all'ordinamento e all'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali, all'ordine pubblico e sicurezza, alla profilassi internazionale (cfr. art. 117, comma, lett. g), h), e q), Cost.) – e concorrenti, come la tutela della salute e la protezione civile (cfr. art. 117, 3° co., Cost.), queste ultime utilizzate ora secondo lo schema tipico delle materie concorrenti, ora secondo il modello della *chiamata in sussidiarietà*, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze n. 303/2003 e n. 6/2004, il cui indirizzo (fino ad allora costante) ha subito un arresto in argomento con la recente sentenza n. 37/2021, con cui la Corte costituzionale ha avallato la centralizzazione dei poteri.

La pronuncia merita particolare attenzione per le riflessioni che si stanno conducendo in questa sede. La Corte, relativamente all'inquadramento della normativa di contrasto alla pandemia nell'ambito del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, dopo aver sospeso per la prima volta in via cautelare l'efficacia della l.reg. n. 11/2020 della Regione Valle d'Aosta (ordinza n. 4/2021), posta di fronte a caratterizzanti disposizioni della legge regionale impugnata dal Governo per assunta violazione del riparto di competenze stabilito dall'art. 117 Cost., nella parte in cui individuavano un modello regionale di gestione della pandemia alternativo rispetto a quello adottato a livello centrale, ha affermato la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia, riconducendola alla profilassi internazionale *ex* art. 117, 2 comma, lett. q), Cost. Essa viene dalla sentenza considerata l'unica materia in grado di ricomprendere ogni misura per contrastare la pandemia o per prevenirla, e includere la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, fino al punto di assorbire ogni altro possibile profilo della disciplina¹⁷.

marzo 2020, p. 3 ss.; posizione più ampiamente presente in Idd., *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, p. 582 ss.

¹⁷ Punto 7) del *Considerato in diritto* della sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale, rinvenibile su *giurcost.org* al quale sito si rimanda anche per i commenti alla stessa.

Oltre a perfezionare una riconfigurazione della competenza in materia rispetto alla precedente giurisprudenza, la pronuncia *de qua* non solo pone in secondo piano le materie concorrenti aventi un rapporto diretto con le emergenze sanitarie, come la tutela della salute e la protezione civile, ritenendo che gli atti di gestione debbano essere statali e che le Regioni possano solo adottare misure restrittive rispetto a quelle statali, ma ha affermato che il principio di leale collaborazione fra Governo e Regioni opera solo fra due organi legislativi, sia pure con compiti diversi, come nel caso della potestà concorrente e se vi sono ipotesi di attrazione in sussidiarietà¹⁸.

Più precisamente, la Corte — come è stato sottolineato — propone un modello di gestione della pandemia che si discosta, anzi si pone come alternativo, rispetto a quello collaborativo rinvenibile nei suoi precedenti indirizzi¹⁹.

3. Pandemia, torsioni monocratiche e percorsi di personalizzazione politica.

Una rilettura dei provvedimenti finora esaminati che sia attenta anche alle dinamiche politiche innescate dal complesso normativo adottato per contrastare l'emergenza pandemica non può omettere di considerare le continue tensioni tra potere centrale e poteri locali che hanno accompagnato le distinte fasi della messa in opera di tutte le azioni di contrasto alla pandemia: dalle chiusure delle frontiere, a volte solo minacciate, alle limitazioni della circolazione di beni e servizi tra le Regioni, all'adozione di misure in contrasto con la ordinaria normativa nazionale.

Va poi considerato lo stesso andamento della campagna vaccinale, rispetto alla quale, per esempio, la determinazione dei criteri di selezione delle categorie di persone alle quali garantire una precedenza nell'accesso ai vaccini ha visto favoriti in alcuni casi categorie o territori ulteriori rispetto a quelli individuati dal Piano nazionale²⁰.

¹⁸ G. Di Cosimo, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *Lacostituzione.info*, 21 marzo 2021.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Se si pone l'attenzione sulla campagna vaccinale emerge che anche le differenziazioni fra le Regioni in ordine alla somministrazione dei vaccini, con riguardo alla individuazione delle categorie di soggetti destinatari del trattamento, alla tempistica di accesso al medesimo e alle modalità di prenotazione, sono state determinate dalle scelte operate a livello centrale per la gestione della distribuzione delle vaccinazioni. Per maggiori approfondimenti si rinvia ai contributi presenti in *Il Forum sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, in *Gruppodipisa.it*, 2/2021.

Tali circostanze, al di là dell'ampio dibattito pubblico in tema, si sono manifestate in un contesto normativo caratterizzato da un assetto centripeto, a ridotta *leale collaborazione* nella gestione della emergenza e della copertura vaccinale, dal quale sono scaturiti scontri di competenze tra i vari livelli di governo e sono emersi, attraverso le iniziative intraprese direttamente dal Presidente del Consiglio e dai Presidenti di Regione, processi di torsione monocratica della forma di governo, anche nazionale e segnatamente di personalizzazione della politica, accentuati proprio dall'esigenza di fronteggiare con determinazione e tempestività l'emergenza sanitaria²¹.

L'esigenza di assicurare interventi tempestivi ha infatti provocato la conseguenza che la gran parte dei poteri di indirizzo politico ai diversi livelli governativi sia stata avocata dai *leaders* monocratici, mentre sono stati messi in ombra i luoghi della rappresentanza politica e, quindi, le assemblee, cuore pulsante della democrazia rappresentativa, che dovrebbero orientare le scelte pubbliche negli snodi più cruciali della nostra vita collettiva.

Anche la decretazione presidenziale a carattere emergenziale ha aggiunto l'ennesimo segmento a quel processo di personalizzazione della politica e di rafforzamento delle figure di *leadership* che trova un riflesso anche nelle evoluzioni della forma partito, che da un lato ha rafforzato il suo vertice e dall'altro ha dato luogo – anche per l'incapacità dei partiti di tenere insieme e coordinare centro e periferia attraverso strutture e meccanismi decisionali condivisi – a tendenze centrifughe, tradotte a loro volta in meccanismi di parallelo rafforzamento di *leaders* locali, dotati in genere di largo consenso territoriale²²: gli unici soggetti istituzionali che si sono posti e continuano a porsi in termini dialettici con il Presidente del Consiglio sono infatti i vertici degli esecutivi regionali, sui quali è ricaduto il compito di gestire in prima linea non solo la fase emergenziale appena essa si è manifestata ed il *lockdown*, ma anche quelle successive, ancora in atto.

Lo strumento normativo con il quale è stato prevalentemente governato il fenomeno è rappresentato dalle ordinanze dei Presidenti delle Regioni, che si sono inserite in un

²¹ Relativamente all'assetto normativo finora descritto non sono mancate fughe in avanti da parte dei Presidenti di molte Regioni, che hanno risposto alla scelta statale emanando un numero ampio di ordinanze e decreti, spesso contrastanti con le decisioni nazionali. La decisione di usare l'inedita catena normativa fondata sui decreti legge, dd.PP.CC.mm., ordinanze regionali (e sindacali) ha portato alla luce le criticità del sistema regionale riformato nel 2001 e prodotto numerose incertezze che sono ricadute sui cittadini, incapaci a volte di comprendere quali comportamenti fossero consentiti e quali vietati. Gli scontri tra Stato e Regioni, in alcuni casi, sono stati definiti solo in via giudiziaria, come nel caso ad esempio delle Marche, della Campania e della Calabria su cui si sofferma E. Longo, *Episodi*, cit., p. 394 ss.

²² F. Musella, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, p. 108 ss.

disegno non privo di criticità, che come si è rilevato a volte ha agito in maniera più restrittiva (si pensi alle limitazioni alla circolazione di merci o di dispositivi sanitari, alle condizioni restrittive all'ingresso di soggetti in singole aree territoriali in base alla provenienza ed alle ulteriori limitazioni delle poche libertà di movimento ancora ammesse dai decreti del Presidente del Consiglio), altre volte si è tradotto in un alleggerimento delle restrizioni previste dalle misure statali, come nel caso delle autorizzazioni all'esercizio di attività economiche altrimenti vietate che hanno incoraggiato spostamenti da e verso le Regioni interessate²³.

Se le iniziative dei Presidenti hanno rappresentato un argine che ha retto maggiormente rispetto all' *istantaneizzazione* del potere, derivante dalla concentrazione in capo all'Esecutivo, la frammentazione dei poteri – in un procedere spesso in ordine sparso, facendo spesso prevalere i propri interessi particolaristici rispetto alla necessità di dare risposte uniformi su scala nazionale – a livello decentrato ha, tuttavia, senz'altro complicato la reazione all'emergenza²⁴.

²³ È il caso dell'ordinanza della Regione Calabria che è stata contestata dal Governo, avendo essa previsto forme altrimenti vietate di apertura degli esercizi commerciali. Si è osservato però in chiave critica che è stato appunto il Governo a costruire intorno alle Regioni un sistema di gestione (se non di co-decisione) dell'emergenza. Prova ne sia che è su base regionale non solo sono stati raccolti, aggregati e comunicati i dati, ma i provvedimenti governativi hanno assunto le Regioni come ambito "elementare" di ragionamento, i poteri emergenziali sono stati attribuiti o confermati alle Regioni. Esse sono state individuate come limiti territoriali "naturali" per l'esercizio da parte dei cittadini di una serie di diritti e questo soprattutto nella c.d. "fase 2", nella quale è sfumata l'attenzione al contenimento dei movimenti su base comunale e l'attenzione si è focalizzata di converso su quelli a base regionale. La Regione viene assunta a "metro" anche in termini semplicemente concettuali e sempre da un'ottica regionalista si sono mosse critiche e plausi al Governo. Così E. Carloni, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *Lacostituzione.info*, 12 Maggio 2020.

²⁴ Cfr. L. Cuocolo, *L'importanza*, cit., p. XIX ss. In realtà, S. Staiano, in *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *RivistaAIC*, 2/2020 e già in *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit. richiama l'attenzione sul potenziale di disfunzione che deriva dallo specifico assetto della forma di Stato regionale in Italia. In particolare, nell'evidenziare l'eccesso di ruolo dei Presidenti, rileva il sentimento oscillante verso le Regioni e verso i loro vertici esecutivi, sottolineando come le letture delle disfunzioni che il sistema produce risentano spesso di approcci che partono da presupposti falsi, dai quali si traggono erronee conseguenze. A quanti infatti — guidati da questa lettura — criticano la revisione del 2001, egli replica che «La legge del 2001 fu, invece, una cattiva legge perché costruita per disorganico assemblaggio di enunciati messi in campo su spinte diverse e non conciliabili [...]» e per quel che riguarda «[...] le sfere di competenza di Stato e Regioni, perché non costruita sulla base razionale dell'«analisi delle funzioni»». Per questi motivi, propone una razionalizzazione del sistema delle competenze unitamente all'individuazione di «[...] un modello di finanziamento che affronti i problemi strutturali irrisolti e destinati a riemergere quando si sarà usciti dall'emergenza e saranno cessati i flussi di risorse destinati a fronteggiarne le conseguenze», p. 550 ss.

4. Il rafforzamento degli organi di raccordo cooperativo.

Proprio sulla necessità di riconsiderare il valore da riconoscere alle sedi della concertazione – come luoghi del confronto, della mediazione e, in relazione al corretto svolgersi dell'autonomia politica, anche dell'assunzione delle rispettive comuni responsabilità politiche – l'emergenza sanitaria dovuta al Covid/19 ha peraltro rappresentato un'esperienza utile, in una direzione in ordine alla quale si svilupperanno di seguito alcune considerazioni conclusive.

La situazione presentatasi, tra le diverse questioni di rilevanza costituzionale che ha sollevato, impone di rimarcare l'importanza del funzionamento delle sedi di dialogo e collaborazione tra Stato e Regioni, in ragione della necessità di adottare provvedimenti amministrativi idonei a garantire l'unitarietà della risposta all'emergenza, ma anche la sua differenziazione in base alle diverse modalità di manifestazione del fenomeno nei diversi territori e riguardanti tanto le misure di contenimento del contagio, quanto quelle volte a favorire la ripresa delle attività economiche²⁵.

La necessità di individuare e attivare sedi di dialogo e collaborazione tra Stato e Regioni, è un tema che periodicamente si ripropone anche in circostanze non eccezionali e, rispetto alla scelta dei Costituenti di non prevedere davvero una camera legislativa in rappresentanza degli enti territoriali, come pur debolmente prefigurabile in base al testo della Carta fondamentale, in rapporto alla base regionale elettiva dei sei senatori, si accompagna da sempre a proposte – si pensi agli esiti negativi dei referendum sui disegni di legge costituzionale nella XIV e XVII legislatura – dirette a superare il bicameralismo perfetto e a specializzare la seconda Camera in linea con i Paesi di tradizione federale, sicché essa permetta ai livelli di governo periferici di far pesare maggiormente i propri interessi nelle decisioni di livello centrale²⁶.

È noto che una delle cause che ha impedito il completamento della riforma del Titolo V della Costituzione si ritrova anche nella mancata attuazione della l. cost. n. 3/2001, il cui

²⁵ F. Savastano, *Il Governo*, cit.

²⁶ Il dibattito sulla riforma del bicameralismo è risalente ed incrocia il destino delle Regioni e delle autonomie territoriali ed al contempo la forma di governo. Un riepilogo recente dei temi di una sconfinata letteratura in argomento si trova ora in G. Tarli Barbieri, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, numero speciale, n. 3/2019, p. 57 ss. al quale si rinvia per tutti.

art. 11 prevede la possibilità di integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali (CPQR), mediante la partecipazione di rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome, secondo le modalità e per gli effetti che i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in sede di attuazione, avessero ritenuto di prevedere. La modifica dei regolamenti avrebbe permesso di individuare uno spazio parlamentare per la composizione degli interessi degli enti costitutivi della Repubblica, una sede istituzionale pubblica e trasparente idonea per un migliore coordinamento della legislazione statale con quella regionale²⁷.

La perdurante mancata attuazione della disposizione costituzionale sull'integrazione della CPQR con rappresentanti delle autonomie territoriali ha contribuito a determinare l'esclusiva titolarità in capo al sistema delle Conferenze delle funzioni di coordinamento tra i diversi livelli di governo – anche oltre gli ambiti propri di un confronto fra esecutivi – e la sede privilegiata per l'attuazione del principio di leale collaborazione²⁸.

La lezione che restituisce la gestione dell'emergenza sanitaria impone, tuttavia, una riflessione che, nel rispetto dell'autonomia – in primo luogo politica – permetta di fronteggiare situazioni come quella che stiamo vivendo, ossia di straordinarietà e mettere in campo soluzioni di idonea gestione dell'ordinarietà.

Nel tentativo di restituire dignità alle assemblee e soddisfare l'esigenza di assicurare maggiore celerità alle decisioni, l'ipotesi che si avanza è di riordinare attraverso la legislazione ordinaria, il sistema delle Conferenze e, al tempo stesso, integrare, attraverso la riforma dei regolamenti parlamentari, la CPQR con rappresentanti regionali. Guardandosi dall'idea di inseguire ulteriori tendenze tanto creative quanto inconcludenti, si potrebbe cogliere l'opportunità di canalizzare le istanze delle autonomie su scala

²⁷ L'esigenza di procedere all'integrazione della CPQR conformemente a quanto dispone l'art. 11, l. cost. 3/2001, soprattutto a seguito dell'esito negativo del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 e delle problematiche connesse, riguardanti l'individuazione della fonte cui ricorrere per l'attuazione, la composizione e l'integrazione della stessa Commissione, le competenze spettanti alla composizione integrata dell'organo, le modalità di deliberazione e di funzionamento ed infine gli effetti dei pareri nell'ambito del procedimento legislativo, sono state rappresentate dalla CPQR fin dalla *Relazione all'Assemblea sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali e sull'attuazione degli Statuti regionali*, approvata e trasmessa alle Assemblee della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica il 10 maggio 2017.

²⁸ Per uno sguardo d'insieme, tra i numerosi contributi, C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007; G. Ferraiuolo, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni. Modelli, strutture, procedimenti*, Napoli, 2006 che tiene conto della sua emersione giurisprudenziale e delle ricadute prodotte dalla riforma del Titolo V della Costituzione sulle relazioni tra livelli territoriali e sulla portata da esso così assunta e, più recentemente, R. Caridà, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Milano, 2018; F. Covino, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2018.

nazionale, riconoscendo così alla cooperazione tra Stato e Regioni sedi istituzionali di rappresentanza degli interessi territoriali idonei a spingere non solo il Governo ed il Parlamento ad un confronto continuo e trasparente attraverso una declinazione nuova del principio collaborativo, ma anche le Regioni ad acquisire una visione nazionale dei problemi idonea ad esercitare una più responsabile autonomia politica²⁹.

²⁹ Tra gli studi sul sistema delle Conferenze, senza nessuna pretesa esaustiva, si veda il recente lavoro di R. Caridà, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Milano 2018; e S. Agosta, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Milano, 2008; R. Bifulco, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2006, p. 233 ss.; I. Ruggiu, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, in *Le Regioni*, n. 5/2000, p. 1153 ss.; *Id.*, *Il sistema delle Conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, 2-n. 3/2011, p. 529 ss.

LE ATTUALI SFIDE DELLA *RULE OF LAW* IN GERMANIA TRA INDIPENDENZA DEI MAGISTRATI, LOBBISMO E TUTELA DEI DIRITTI NELL'EMERGENZA*.

di Andrea Gatti**

Sommario. 1. Un report à l'Allemande? – 2. Il problema dell'indipendenza esterna dei magistrati. - 2.1. La mancanza di un organo di autogoverno; il problema delle nomine e delle sanzioni disciplinari. – 2.2. I poteri direttivi dell'esecutivo sulla magistratura requirente. – 3. Corruzione e trasparenza: la recente riforma della normativa sul lobbismo. – 4. *Rule of law* e Covid-19. – 5. *Wertordnung* e *rule of economy* come fattori di dilatazione delle categorie classiche dello stato di diritto.

1. Un report à l'Allemande?

A luglio 2021 la Commissione europea ha pubblicato la seconda Relazione annuale sullo Stato di diritto, confermando così il nuovo meccanismo europeo globale che vuole prima indagare e poi registrare gli sviluppi ordinamentali nei Paesi dell'Unione.

La presa di consapevolezza del *backsliding* della cultura costituzionale di alcune democrazie europee che, sebbene giovani, si credevano ormai consolidate, sembra confermare un *refrain* sempre più diffuso: quello che vede nelle *crisi* in atto un indebolimento strutturale della democrazia costituzionale e liberale. L'assottigliamento e la progressiva sparizione delle voci ottimiste di pubblicisti e dottrina che fino ai primi anni duemila esaltavano la *fine della storia*, ha fatto posto all'apprensione di coloro che ritengono che il rispetto dello stato di diritto rappresenti una felice eccezione, anche all'interno dell'Europa stessa. Le continue concessioni in favore di alcuni ordinamenti

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo è una rielaborazione e attualizzazione dell'intervento tenuto nell'ambito del ciclo di *webinar* su “La *Rule of Law* in Europa” organizzato dall'unità di Pisa (Responsabile Prof. Rolando Tarchi) inclusa nel Progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2017) su “*Framing and Diagnosing the Constitutional Degradation: a Comparative Perspective*” (Principal Investigator Prof.ssa Tania Groppi – Università di Siena)

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Pisa.

dell'est Europa in evidente deconsolidamento democratico non hanno fatto che aggravare questa situazione¹.

È certamente nell'ambito di questo *imprinting* che va inserito uno dei primi gesti politici del Presidente della Commissione europea, la tedesca Ursula von der Leyen, quando decise di conferire al Commissario Maragritis Schinas la fumosa (ma suggestiva) delega alla *Promozione dello stile di vita europeo*.

Una Commissione a guida tedesca, così attenta alla valorizzazione dell'identità *politico-costituzionale* europea, non poteva che mostrarsi sensibile a queste sollecitazioni, tanto che non sarebbe inopportuno chiedersi quanto di tedesco ci sia nei *report* della Commissione. Per il particolare contesto storico-istituzionale post-bellico tedesco la Germania rappresenta uno dei terreni più fertili per le speculazioni sull'effettivo rispetto dello stato di diritto: la vigile attenzione dedicata alla conservazione dell'impianto democratico rappresenta, infatti, come è stato scritto, una «scelta *fondamentale* della Legge *fondamentale*»², preordinata a fondare un sistema di protezione costituzionale che pone al centro della propria azione tanto la dimensione di *legalità* che di *legittimità* politica dell'esercizio del potere decisionale delle pubbliche istituzioni. Per questo motivo, nella sua attuale interpretazione, il *Rechtsstaat* tedesco presuppone, come suo primo ed indefettibile fondamento, un «pre-assetto democratico» (*demokratische Vorordnung*) il quale, a sua volta, si invera tanto attraverso un fattore extragiuridico (l'atteggiamento mentale *vigile e liberale* della società, essenziale per la sopravvivenza democratica, ma di per sé incontrollabile) quanto attraverso la predisposizione di un vero e proprio ordine giuridico-formale di valori (la celebre *Wertordnung*)³; si capisce allora perché l'esplicito richiamo allo stato di diritto nel *Grundgesetz* (il cui art. 28, comma 1, definisce

¹ Si parla sempre più spesso con riferimento ad esse di “*Third Wave of Autocratization*”, espressione è mutuata da Varieties of Democracy Institute (V-Dem), 2020, *Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020*, 2020, online su https://www.v-dem.net/media/filer_public/de/39/de39af54-0bc5-4421-89ae-fb20dcc53dba/democracy_report.pdf.

² In BVerfGE 5, 85 si parla di «scelta costituzionale». In BVerfGE 28, 36 e 30,19, si parla di «scelta fondamentale del GG». Il Tribunale aveva ben presente i lavori preparatori del GG e in particolare il Rapporto finale della Commissione costituente dei Presidenti dei *Länder* (*Verfassungskonvent*) di Herrenchiemsee, dove si precisa, con riferimenti ai limiti dei diritti fondamentali, che «non c'è bisogno di dichiarare che una democrazia che non si difende corre il pericolo di auto-annientarsi» e che per tale ragione le aggressioni contro l'ordinamento liberal-democratico danno luogo alla limitazione dei diritti politici: cfr. *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, München, Richard Pflaum Verl., 1949, spec. p. 22, online su <https://pub.ub.uni-muenchen.de/21036/1/4Polit.3455.pdf>.

³ H. Jahrreiß, *Demokratie, Selbstbewusstsein – Selbstgefährdung – Selbstschutz. Zur deutsche Verfassungsgeschichte seit 1945*, in Aa. Vv., *Festschrift für Richard Thoma zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1950, p. 88 ss.

l'ordinamento costituzionale tedesco come uno «stato di diritto repubblicano, democratico e sociale»), sia accompagnato dal un costante richiamo da parte del Tribunale costituzionale e, persino, nelle varie relazioni accompagnatorie ai progetti di legge.

I *report* sullo stato di diritto 2020 e 2021 sono dunque presumibilmente figli di questa esigenza e hanno come scopo, attraverso la profilazione di una cartografia dello stato di diritto nei Paesi membri dell'Unione europea, quello di *prendere le misure*, iniziare cioè a definire i parametri che dovranno permettere nel prossimo futuro un'omogeneizzazione del quadro interpretativo sulla *rule of law* e forse, col tempo, impostare un eventuale intervento *militante* di protezione ideologica dello stato di diritto comunitario, proprio sulla scorta del modello tedesco di *streitbare Demokratie*.

L'insieme di questi report rappresenta, così, una sorta di *albo fotografico* che, con cadenza annuale, si propone di effettuare la più ampia ricognizione empirica che oggi sia mai stata realizzata sull'argomento in termini comparati. Al di là dei giudizi sul merito e sul metodo utilizzato, si tratta di un patrimonio di conoscenze particolarmente utile a permettere tanto di valutare lo stato di salute dei Paesi membri dell'Unione – e quindi dell'Unione europea nel suo complesso – quanto di comprendere le dinamiche inter-ordinamentali che si vanno creando all'interno dell'Unione.

«Popoli d'Europa, vigilate su ciò che avete di più caro!», recitava un vecchio motto guglielmino; una sollecitazione all'unità da ricercarsi in un fondamento comune. Ad oggi tale invocazione, bonificata del vago senso imperialistico che le deriva dal contesto in cui è stata espressa⁴, ben si presta a descrivere il nuovo corso inaugurato dalla Commissione europea e l'aspirazione che ne consegue a indagare una personale idea di *limes*, di frontiera invalicabile che segni il proprio ordine delle cose.

Il presente contributo vuole provare a sottolineare questi profili attraverso un'esegesi dei primi due report, quelli 2020 e 2021, che riguardano la Germania.

Delle quattro macroaree analizzate nei report in riferimento al rispetto della *rule of law* – sistema giudiziario, quadro anticorruzione, libertà e pluralismo dei media; sistemi di bilanciamento dei poteri istituzionali/garanzie fondamentali – nel presente contributo si

⁴ «*Völker Europas, wahr(e)t Eure heiligsten Güter*» nasce come il titolo di un dipinto dal pittore Hermann Knackfuß su disegno dell'imperatore Guglielmo II nel 1895, come regalo allo zar russo Nicola II. Il quadro raffigura l'arcangelo Michele, patrono della Germania, circondato da figure femminili simili a Valchirie, allegorie delle principali nazioni europee. Sul fondo la figura di Buddha che avanza tra le fiamme. Un appello all'unità europea contro il c.d. Pericolo Giallo.

prenderanno in considerazione la prima, la seconda e l'ultima. E all'interno di ognuna di esse si è scelto di concentrarsi su tre temi che, per importanza e attualità, richiedono un approfondimento particolare.

2. Il problema dell'indipendenza esterna dei magistrati.

In seno al primo grande ambito esaminato dai report, quello che concerne il sistema giurisdizionale, la Commissione prende in considerazione numerosi profili che vanno dalle questioni che riguardano la digitalizzazione del sistema giudiziario (entro il 2026 si assume che Tribunali e Procure riusciranno a tenere i fascicoli giudiziari e procedurali esclusivamente sotto forma di file elettronici), alla disparità territoriale di trattamento retributivo dei magistrati⁵, fino al problema che riguarda la lenta ma costante perdita di efficienza nell'esaurimento dei carichi pendenti⁶.

Ma l'aspetto certamente più interessante riguarda il profilo dell'autonomia del sistema giustizia dal potere esecutivo. L'ordinamento tedesco, pur rappresentando nella prassi indubitabilmente un sistema democratico consolidato e stabile, non è dotato di quegli organi e di quegli istituti tipicamente preordinati a garantire l'indipendenza della magistratura; all'assenza di un vero e proprio organo di autogoverno, si aggiunge così la facoltà/diritto per i ministri della Giustizia di impartire istruzioni (*Weisungen*) ai pubblici ministeri sui singoli casi da questi trattati.

Si tratta di due questioni strettamente connesse e che traggono ragion d'essere dalle medesime motivazioni storico-istituzionali.

⁵ Motivo che rischia, a parere degli estensori, di non attrarre laureati di qualità (e quindi di minare la competitività tra comparto pubblico e comparto privato della giustizia) e di penalizzare i *Länder* che offrono le remunerazioni meno appetibili. In tal senso, la Germania sembra avere già assicurato, attraverso un aumento di organico di almeno 2000 unità, un intervento perequativo delle risorse tra i *Länder*. Cfr. il § 5 del Beitrag der Bundesregierung zum erste Bericht der Kommission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der EU und ihren Mitgliedstaaten, 4 maggio 2020, online su <https://www.eu2020.de/blob/2403440/b8e86cb5c6a5672b1a06842a07f762f6/10-10-pdf-rechtsstaatlichkeit-en-data.pdf>. Cfr. Il Report 2021 – Germania, 4 ss., online si https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2021_ror_country_chapter_germany_en.pdf.

⁶ Sotto il profilo dell'efficienza, sebbene il sistema giudiziario tedesco sia risultato funzionare in modo per lo più soddisfacente, alcuni indicatori segnalano un deterioramento generale del procedimento di ricambio delle cause. A partire dal 2012 la durata dei procedimenti di primo grado nei contenziosi civili e commerciali è in crescita. Secondo i dati, il tempo stimato per la loro definizione è aumentato da circa 183 giorni (2012) a circa 220 giorni (2018) v. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE sulla giustizia* - 2020, Grafico 5, testo in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0306&from=DE>.

Il sistema istituzionale prussiano era fondato su una amministrazione rigidamente piramidale e gerarchica al vertice della quale vi era il Sovrano e di cui la magistratura non costituiva che un corpo burocratico specializzato⁷. Per questa ragione l'autonomia assunta dalla magistratura fin dall'epoca federiciana nei confronti degli altri poteri dello Stato (“*ci sarà ben un giudice a Berlino...*”) non si è mai caratterizzata sotto il profilo organizzativo, quanto piuttosto sotto quello funzionale; tale approccio - che si potrebbe definire a *modello burocratico* in quanto imperniato sul ruolo centrale riconosciuto ai Ministeri⁸ - riserva al singolo Ministro della giustizia la responsabilità della generale amministrazione del sistema giudiziario e lascia alla prassi – ovvero all'attività pratica di alcuni organi di collegamento – l'incombenza di trovare i necessari compromessi tra politica e magistratura per il coordinamento delle quotidiane attività della giurisdizione⁹.

Nonostante l'indipendenza dei giudici sia stata riconosciuta dal *Grundgesetz* e costituisca un cardine dell'ordinamento (artt. 97 e 98 GG)¹⁰, l'attuale statuto della magistratura (requirente e giudicante) in Germania risale ancora alle cd. leggi di coordinamento del 1934 e alla legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG) del 1950.

Vale ricordare che, in ragione dell'ordinamento federale, l'amministrazione della giustizia compete in massima parte ai *Länder*¹¹, che hanno un proprio sistema giudiziario ed

⁷ Adolf Leonhardt (1815-1880), Ministro della giustizia prussiano, solea affermare: «fintanto che io deciderò chi promuovere, sono contento di lasciare ai giudici la loro cosiddetta indipendenza» (riportato in G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1935, pp. 646-652).

⁸ Cfr. P. Carrozza, (voce) Corti, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, p. 430 ss.; v. altresì la parte dedicata ai modelli di ordinamenti giudiziari in A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1995, spec. pp. 212 e 216, laddove l'A. sottolinea “la mancanza di indipendenza [della pubblica accusa] nei confronti dei superiori gerarchici e, in definitiva, del ministro della giustizia”.

⁹ Cfr. H.J. Papier, *Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken*, in *NJW*, 2001, pp. 1089-1094; B. Brunn, *Richterliche Unabhængigkeit und ihre Gefährdung durch (die Art und Weise von) Beförderungen*, in *Betriff Justiz*, n. 81/2005, testo in http://betrifftjustiz.de/wp-content/uploads/texte/Brunn_richterl_unabh.pdf. Sui limiti all'indipendenza dei giudici, v. anche P. Terry, *Judicial Independence in Germany*, in *ESU Institute Review*, n. 2, 2015, pp. 33-36.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 97 commi 1 e 2 e dell'art. 98 GG (principio di indipendenza della giurisdizione), è previsto che la rimozione dall'incarico o il trasferimento ad altra sede di un magistrato possa avvenire solo a seguito di specifico procedimento giudiziario.

¹¹ I giudici federali, secondo gli ultimi dati, sono circa 324 e sono ripartiti tra gli 9 tribunali federali (*Bundesverfassungsgericht*, *Bundesgerichtshof*, *Bundesfinanzhof*, *Bundesverwaltungsgericht*, *Bundesarbeitsgericht*, *Bundessozialgericht* e *Bundespatentgericht*). Cfr. Deutscher Bundestag, *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Jan Korte, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drucksache 18/832* – testo su <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/010/1801027.pdf>. Gli altri 21.340 giudici tedeschi prestano servizio nella giustizia statale. Cfr. Bundesamt für Justiz, *Personalbestand e Richterstatistik* (aggiornato al 31 dicembre 2018), su https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html.

organizzano tanto la formazione dei magistrati (comune a quella degli avvocati e dei notai), quanto il loro reclutamento e la loro carriera.

2.1. La mancanza di un organo di autogoverno: il problema delle nomine e delle sanzioni disciplinari.

La *joint venture* tra ministri della giustizia e organi rappresentativi della magistratura, che pur nata in seno ad una buona prassi non manca di una certa istituzionalizzazione¹², è ravvisabile specialmente per quelle attività considerate tipicamente *interna corporis* dell'organizzazione giudiziaria: le nomine, i trasferimenti e i procedimenti disciplinari¹³. Tuttavia, per comprendere l'impatto di questa anomalia, è necessario tenere conto delle reali dinamiche di funzionamento del galateo istituzionale e del contesto in cui essa si inserisce. Esemplicativi sono il sistema delle nomine e quello delle sanzioni disciplinari.

a) Per quanto riguarda le nomine dei magistrati (ricomprendendosi in tale definizione sia i giudici che i pubblici ministeri), la disciplina differisce – talvolta anche in maniera sostanziale – non solo tra il livello federale e quello statale, ma anche tra i diversi *Länder*. In linea generale, anche se il potere di designare i magistrati è quasi sempre formalmente in capo al Ministro della giustizia, le diverse ed assai eterogenee soluzioni adottate comportano, nella maggior parte dei casi, l'adozione di un modello incentrato sui *Richterwahlausschüsse*¹⁴. Si tratta di comitati misti di membri nominati dal ministro della giustizia e dalle rappresentanze dei giudici. Più precisamente:

¹² In ogni *Land*, in seno alle Corti d'Appello (*Oberlandesgerichte*) è presente (almeno) un *Präsidialrat* (Consiglio presidiale), competente a decidere sui procedimenti riguardanti la selezione e lo *status* giuridico dei magistrati (trasferimenti e promozioni comprese) nei modi che vedremo a breve; presso i Tribunali di ogni grado è inoltre istituito, a norma dei §§ 21a - 21e del *Gerichtsverfassungsgesetz*, un *Präsidium*, composto dal Presidente del singolo tribunale e da un certo numero di membri eletti dai giudici del rispettivo tribunale. Ad esso è riservata la scelta del giudice competente per ogni causa, in base a criteri astratti e predeterminati, e la scelta dei criteri astratti per la ripartizione delle cause fra le sezioni. Vi è infine, presso ogni livello dei tribunali ordinari e amministrativi, un *Richterrat* (Consiglio di giudici) con funzioni meramente consultive, per gli affari sociali, organizzativi o amministrativi come, ad esempio, l'arredamento delle stanze, l'organizzazione di convegni, di gite, ecc.

¹³ L'apertura dei procedimenti disciplinari è affidata al Presidente della Corte d'Appello competente, mentre il relativo giudizio è affidato, ai sensi degli artt. 61-68 e 77-84 della legge sui giudici, ad una corte disciplinare *ad hoc*, il cd. *Richterdienstgericht*). Cfr. International Association of Judges, *What the Situation for Justice in Europe*, 2014, § 1.4.2. testo in http://www.ekou.ee/doc/2015-04-13_Report-Situation-of-Justice-in-Europe-2014.pdf.

¹⁴ Secondo F. Wittreck, *German Judicial Self-Government - Institutions and Constraints*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 7/2018, pp. 1931-1950.

- per quanto riguarda la nomina dei magistrati federali, ai sensi del combinato disposto tra art. 95 GG e §§ 8 e ss. del *Richterwahlgesetz*, il modello del *Richterwahlausschuss* costituisce il sistema standard per la selezione di tutti i magistrati federali, con l'eccezione del Tribunale costituzionale federale, la cui nomina è interamente rimessa alle due Camere del Parlamento tedesco. Il comitato di elezione dei giudici federali è composto per metà da sedici membri eletti dal *Bundestag* e per l'altra metà dai sedici ministri della Giustizia dei *Länder*; mentre nessun giudice, se in carica, può prendere parte alle nomine¹⁵. Le proposte di candidatura dei giudici federali che si intendono eleggere possono provenire tanto dal Ministero federale competente per materia quanto dalla componente parlamentare e l'elezione si svolge a scrutinio segreto. Il sistema di nomina dei Tribunali federali non ha mancato di sollevare obiezioni, soprattutto sotto il profilo della non trasparenza della procedura di selezione, dell'assoluta mancanza di pubblicità delle candidature (che spesso sono scelte *de facto* nei vari Ministeri dei *Länder*) e persino dell'influenza dei partiti¹⁶.
- La procedura di selezione dei giudici statali, invece, è strutturata variamente nei diversi *Länder*: in alcuni casi la selezione è effettuata direttamente da organi di rappresentanza della giustizia (*Präsidalräte*), istituiti in seno alle singole Corti d'Appello (*Oberlandersgerichte*)¹⁷; si tratta di comitati misti composte (almeno per la metà) da giudici e da delegati del Ministero/Dipartimento della Giustizia competente (art. 74 DRiG). In altri casi la nomina è in capo al Ministro della Giustizia di concerto con la Procura generale e l'*Oberlandesgericht*¹⁸; in altri ancora ad un organo di nomina politica, presieduto dal Ministro della Giustizia¹⁹. In più della metà degli Stati, tuttavia, si è scelto di usufruire dell'opzione costituzionale di istituire il modello del

¹⁵ Cfr. J-F. Staats, *Richterwahlgesetz*, 2003, § 4, Rn. 3, richiamato da Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland* (WD 7 - 3000 - 098/17) del 27 luglio 2017, online su <https://www.bundestag.de/resource/blob/526458/fd60a319fbbde8e8813708f0b199d9ce/wd-7-098-17-pdf-data.pdf>.

¹⁶ Cfr. K.F. Gärditz, *Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?*, in ZBR, n. 10/2015, p. 325 ss.

¹⁷ Così, ad esempio, in Nordreno-Vestfalia. Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland*, cit., p. 5.

¹⁸ Così in Bassa Sassonia. *Ibidem*.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 85 comma 2 della Costituzione della Turingia, «il Ministro della Giustizia decide sulla nomina temporanea dei giudici e sulla loro nomina a vita con il *consenso* del Comitato di selezione giudiziaria (*Richterwahlausschuss*). Due terzi dei membri del Comitato di selezione giudiziaria sono eletti a maggioranza dei due terzi del Parlamento del *Land*». Un procedimento ancora più centralizzato vige in Baviera, dove la nomina è formalmente e sostanzialmente in capo al Dipartimento della Giustizia, senza il coinvolgimento di alcun *Richterwahlausschuss*.

*Richterwahlausschuss*²⁰. L'articolo 98, comma 4, GG permette infatti ai *Länder* di stabilire che il Ministro della giustizia decida congiuntamente ad un comitato composto di giudici, in modo da contemperare il principio della legittimazione democratica con quello dell'indipendenza esterna del potere giudiziario. Anche se la disposizione costituzionale nulla dice in merito alla provenienza dei membri laici così come alla proporzione tra membri togati e non togati, in seno a questi comitati, di regola, i membri delle commissioni di selezione giudiziaria sono membri dei rispettivi parlamenti statali nonché rappresentanti di alcune professioni: in particolare giudici, ma anche avvocati e docenti universitari²¹, solo raramente sono anche membri dei governi statali²². La scelta dei giudici avviene sostanzialmente attraverso colloqui individuali e la valutazione dei titoli, nel rispetto di alcuni fondamentali principi, tra cui quello del merito (*Leistungsprinzip*).

b) Per quanto riguarda le misure disciplinari, queste possono essere applicate nel contesto di procedimenti formali da parte di tribunali disciplinari: si tratta dei *Dienstgerichte des Bundes* per i giudici federali e dei *Dienstgericht der Länder* per quelli degli Stati federati²³; entrambi questi organi sono costituiti da collegi speciali di giudici in seno ai Tribunali ordinari. I membri di tali collegi sono nominati, a loro volta, da organi territoriali di rappresentanza dei giudici (i *Präsidium*) costituiti in seno ad ogni Tribunale, sia esso di livello federale (*Bundesgerichtshof*) oppure statale (in questo caso, il rispettivo *Oberlandesgericht* e *Landesgericht*). Misure disciplinari meno severe, quali l'ammonizione, possono essere emesse, tanto a livello di *Land* quanto a livello federale, tramite un'ordinanza disciplinare dal presidente di un tribunale o direttamente dal Ministro della giustizia²⁴.

2.2. I poteri direttivi dell'esecutivo sulla magistratura requirente.

²⁰ Tra *Länder* che hanno adottato questo secondo modello troviamo il Baden-Württemberg, Berlino, il Brandeburgo, Brema, Amburgo, l'Hessen, il Rheinland-Pfalz e lo Schleswig-Holstein. Cfr. Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland*, cit.

²¹ Cfr. S. Detterbeck, Art. 98 - *Rechtstellung der Richter*, in M. Sachs (a cura di), *GG Kommentar*, Beck, 2021, p. 1828 ss.

²² È il caso del *Land* di Brema: cfr. § 8 Bremisches Richtergesetz.

²³ Art. 63 del GVG per i giudici federali e le normative equivalenti emanate a livello statale

²⁴ Art. 64 del GVG per i giudici federali e le disposizioni equivalenti a livello di *Land*. Cfr. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE della giustizia 2020*, p. 51 ss.

Ma l'aspetto più critico riguarda gli stretti vincoli gerarchici che, almeno sulla carta, legano la magistratura al potere esecutivo, in particolare laddove il principio di indipendenza esterna sia costretto a declinarsi alla luce di un generale principio giuridico-organizzativo di derivazione prussiana che vuole le procure sottoposte all'esecutivo²⁵. La facoltà di controllo e di direzione del Ministro della giustizia, ai sensi degli artt. 146 e 147, primo e secondo comma del *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), comprende la facoltà (che si presenta propriamente come un *diritto*) di impartire istruzioni (*Weisungsrecht*) al rispettivo procuratore generale in merito alla conduzione delle indagini. In linea teorica il diritto includerebbe sia istruzioni in casi individuali (come, ad esempio, l'ordine di astenersi da un'indagine o dalla richiesta di applicazione di misure penali nei confronti di una persona specifica), sia istruzioni generali (come, ad esempio, astenersi dal perseguire una politica punitiva nei confronti dei detentori di piccole quantità di stupefacenti).

Anche in questo caso è d'uopo una lettura organica dell'istituto alla luce dei principi e delle prassi che informano questo rapporto gerarchico tra magistratura requirente e vertici del potere amministrativo.

Pur non esistendo statistiche sul numero di indicazioni impartite dagli esecutivi, come emerge dai pareri resi dalle associazioni di categoria, e, in particolare dalla *Bundesrechtsanwaltskammer*²⁶, sembra che i casi in cui sono state riscontrate istruzioni siano assai rari e, comunque, sempre accompagnati da una serie di guarentigie volte a disinnescare la carica potenzialmente esplosiva di questa disposizione. Oltre che dalle generali garanzie dei principi di legalità (*Legalitätsgrundsatz*) e di stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*), che precluderebbero al Ministro di interpretare in modo attivo ed invasivo le proprie prerogative, un ulteriore argine è assicurato da una serie di atti di carattere subnormativo: numerosi regolamenti e linee guida che, tanto a livello federale quanto statale, sono finalizzate a regolare, arginare o persino a impedire il potere direttivo

²⁵ Il suo primo esplicito riconoscimento è rintracciabile Enel *Gerichtsverfassungsgesetz* del 1879 laddove si sanciva letteralmente che “i funzionari della procura (*die Beamten der Staatsanwaltschaft*) devono rispettare le istruzioni ufficiali dei propri superiori”, riconoscendo così il carattere amministrativo dei magistrati inquirenti, la loro posizione di apparato amministrativo della burocrazia dello Stato.

²⁶ Una sorta di Ordine Nazionale degli Avvocati. Il contenuto del parere della *Bundesrechtsanwaltskammer* è rinvenibile in <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2021/april/stellungnahme-der-brak-2021-31.pdf>; Cfr. In proposito anche il comunicato stampa della Corte di Giustizia su <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-05/cp190068de.pdf>.

dell'esecutivo. Così, ad esempio, in Sassonia e in Turingia gli esecutivi si sono impegnati a limitare, anche in astratto, l'esercizio di tale facoltà; nel Nordreno-Vestfalia e nella Bassa Sassonia, i ministeri della giustizia a farlo soltanto in casi eccezionali.

Lo scandalo consumato nel 2015 a seguito del cosiddetto *caso Netzpolitik.org*, che ha coinvolto il Ministro della Giustizia, Heiko Maas, e il procuratore generale federale Harald Range, ha rappresentato forse il caso più eclatante di conflitto tra i due poteri dello Stato²⁷. Ad ogni modo, la facoltà-diritto di impartire istruzioni è generalmente sottoposta al rispetto di almeno altre tre condizioni formali alternative o cumulative: le istruzioni devono essere in forma scritta (così in Nordreno-Vestfalia, Turingia, Bassa Sassonia), devono essere motivate (Turingia) e devono essere trasmesse al Presidente del *Landtag* di riferimento per sottoporle al controllo parlamentare (Schleswig-Holstein). Inoltre, sia livello di *Land* sia di federazione, le istruzioni di un funzionario gerarchicamente superiore sono considerate vincolanti soltanto nell'ambito del rapporto di lavoro interno del pubblico ministero e gli atti che violano le istruzioni rimangono efficaci. Per regola generale i pubblici ministeri non devono mai attenersi alle istruzioni se tali atti costituiscono potenzialmente un delitto, un illecito amministrativo o comportano il rischio di violazione della dignità umana²⁸.

La rigida struttura gerarchica interna e il rapporto di dipendenza funzionale con il Ministro della giustizia del *Land* di appartenenza non sembra comunque aver impedito al sistema

²⁷ Il Ministro fu accusato dal Procuratore generale di pressioni per interrompere gli atti istruttori di indagine nei confronti di due giornalisti del blog di politica Netzpolitik.org, all'epoca sotto indagine per tradimento e rivelazione di segreto. I due giornalisti erano accusati di aver pubblicato sul blog materiale altamente riservato che dimostrava un'espansione delle attività dell'Ufficio federale per la protezione della Costituzione nel settore dei social media. Il Ministro della Giustizia, attraverso la segretaria di Stato, Stefanie Hubig, avrebbe ordinato la sospensione temporanea dell'indagine e, in particolare, della commissione di esperti che doveva procedere ad una perizia, perché ritenuta "politicamente inopportuna" e perché «rischiava di corroborare l'iniziale accusa di tradimento» (Comunicato stampa del procuratore generale Harold Range del 4 agosto 2015). Maas, replicava che non era a conoscenza delle conclusioni incriminanti raggiunte dagli esperti e ordinava il pensionamento anticipato del procuratore. Alle interrogazioni parlamentari dell'opposizione, il Governo rispondeva non esserci stato nessun coinvolgimento del Ministero della Giustizia federale. Tuttavia, le dichiarazioni di Range sono state corroborate dal *Generalbundesanwalt*. La procura di Berlino, nel marzo 2016, apriva così un'indagine nei confronti del Ministro Maas e, pur confermando la versione di Range, archiviava qualche mese dopo l'indagine perché il fatto (nella specie, ostruzione alla giustizia) non avrebbe costituito reato.

²⁸ È previsto anche una sorta di "dovere di resistenza" in capo ai singoli procuratori nel caso in cui le istruzioni siano illecite. In caso di dubbio, il pubblico ministero può obiettare e chiedere che le istruzioni siano esaminate dal proprio superiore in linea gerarchica. Se le istruzioni sono confermate, ma il pubblico ministero continua ad avere dubbi sulla loro legittimità, quest'ultimo può chiedere al funzionario di grado ancora superiore che le esamini. Se le istruzioni sono nuovamente confermate, il pubblico ministero deve seguirle e non viene meno ai suoi doveri anche laddove queste siano illegali. Cfr. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE sulla giustizia*, cit., Grafico 55, testo in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0306&from=DE>.

tedesco di dare buona prova di sé, anche grazie ai sopra elencati elementi di temperamento dei vincoli di subordinazione²⁹; non vanno tuttavia trascurate quelle voci critiche – tra cui quelle delle tre maggiori organizzazioni professionali dei magistrati tedesche (la *Deutscher Richterbund*, i Magistrati Verdi e la *Neue Richtervereinigung*) – che invocano la necessità di una riforma formale dell'amministrazione e della gestione della giustizia che introduca un Consiglio di giustizia per i giudici formato da soli togati³⁰.

A seguito di una manifesta censura da parte della Corte di giustizia nel 2019, assunta nel corso di una decisione riguardante il mandato d'arresto europeo³¹, il tema dell'autonomia funzionale della magistratura requirente è ritornato oggetto dei dibattiti, anche parlamentari: nel maggio e nel giugno 2020 sono state presentate due proposte di legge a firma, rispettivamente, di liberali (FDP) e Verdi (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), entrambe volte a separare le procure dagli uffici dell'esecutivo e, in particolare, a sottrarre ai ministri della Giustizia la competenza a impartire istruzioni ai pubblici ministeri in merito a singoli casi. Le proposte, pur calendarizzate, sono state respinte.

3. Corruzione e trasparenza: la recente riforma della normativa sul lobbismo.

Il secondo grande tema di interesse dei due report riguarda la lotta alla corruzione e l'impegno a rafforzare il principio di trasparenza amministrativa e legislativa. La Germania dispone di un quadro istituzionale organico per la lotta alla corruzione che anche la Commissione europea definisce come *esaustivo* e che è integrato sia da disposizioni

²⁹ Di questo parere, tra gli altri, A. Seibert-Fort, *Judicial Independence in Germany*, in A. Seibert-Fohr (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 447-565.

³⁰ La potenziale criticità dell'attuale organizzazione del sistema tedesco era stata intuita, fin dal dopoguerra, da H. Prantl, *Die Entfesselung der dritten Gewalt*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), n. 78/1953, p. 49 ss., testo anche in <http://www.gewaltenteilung.de/tag/die-entfesselung-der-dritten-gewalt>. Ad oggi, per un sunto dei dibattiti tedeschi sul tema, cfr. H.E. Böttcher, *Un Consiglio Superiore della Magistratura in Germania - rinviato alle calende greche?*, in *Questione Giustizia*, maggio 2014, testo in http://www.questionegiustizia.it/articolo/un-consiglio-superiore-della-magistratura-in-germania-rinviato-alle-calende-greche_29-05-2014.php.

³¹ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 27 maggio 2019, O.G. e P.I., cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, in tema di mandato d'arresto europeo. Per un commento, v. F. Guella, *Indipendenza "concreta ma in astratto" dell'ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisito di leale cooperazione nel mandato d'arresto europeo*, in *DPCE online*, n. 3/2019, pp. 2237-2246.

regolamentari a livello federale e statale, sia da buone prassi³².

Tra i maggiori aspetti di criticità si riscontra il crescente ruolo dei gruppi di pressione nel procedimento decisionale, che anche la Commissione ha individuato come uno degli ambiti di un urgente intervento del legislatore.

In verità, il ricorso ai pareri esterni di lobbisti e di esperti (i cui rispettivi confini sono sempre più sottili) non ha mai comportato, di per sé, un indebolimento della trasparenza decisionale da parte del potere legislativo ed esecutivo tedesco; basti pensare al c.d. *wissenschaftlicher Beirat* (comitato scientifico), organo che ha costantemente accompagnato l'attività della maggior parte dei ministri nel corso degli anni. Anche per il grado di specificità e di complessità delle materie oggetto di legislazione, si mostra sempre più necessario il ricorso alle c.d. *externe Sachverständige*, i pareri e gli apporti esterni alla struttura istituzionale. Storicamente, il generale orientamento della dottrina pubblicistica tedesca nei confronti del fenomeno lobbistico ha sempre teso a sottolinearne la criticità più in termini di potenziale *impigritimento* del Parlamento e di deriva oligopolista dei partiti, che di mancanza di trasparenza e pericolo di corruzione³³. Sulla scorta dell'esperienza europea, il lobbismo è stato pertanto sempre inquadrato nella prospettiva del sussidio legislativo piuttosto che in quella, pur esistente, dello scambio (acquisto di voti) o della persuasione (segnalazione delle materie e del contenuto su cui intervenire)³⁴.

³² Accanto alla Direttiva sulla prevenzione della corruzione nell'amministrazione federale, che fornisce il quadro giuridico a livello federale, si trovano numerose linee guida a livello ministeriale. Come ricorda la Commissione, l'attuazione della direttiva è monitorata da diversi organismi, tra cui un'Unità in seno al ministero federale dell'Interno e da un ufficio della Corte dei conti federale. Inoltre, la definizione di reati di corruzione è ampia e, in particolare, la responsabilità penale può scattare con la semplice accettazione di doni. Cfr. Comm. europea, Relazione sullo Stato di diritto 2020 - Germania, spec. 7.

³³ Sulla relazione tra potere rappresentativo e potere "silenzioso" delle *lobbies* si veda, in dottrina, il contributo critico di T. Leif, *Lobbyismus und Transparenz*, in H.H. von Arnim (a cura di), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 59-80, spec. p. 60. Ne dà conto anche K. von Lewinsky, *Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, Outsourcing und fertige Produkte im Normsetzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2015, spec. p. 35 ss. Come già evidenziato anche von Lewinsky sostiene che l'intervento delle *lobbies* nel processo decisionale, da un punto di vista costituzionale, sia un concetto di per sé neutro e che sia solo il suo eccessivo utilizzo a porre alcuni problemi di carattere sistemico-generale: il rischio è quello di far perdere al Parlamento non tanto le competenze formali, quanto quelle reali, cioè che la capacità di legiferare autonomamente su tematiche specifiche e pertanto determinare uno scostamento dalla volontà popolare. È solo a tal fine che l'A., pur non ravvisando alcun limite predeterminato all'intervento delle *lobbies*, ne auspica una più incisiva regolamentazione.

³⁴ Per quanto concerne il panorama europeo e l'influenza esercitata dalla disciplina comunitaria in materia di lobbismo, si v. S. Sassi, *La trasparenza a presidio del processo legislativo europeo. Qualche considerazione in margine alla regolamentazione delle lobbies*, in A. Di Gregorio e L. Musselli (a cura di), *Democrazia, lobbying e processo decisionale*, Milano, 2015, pp. 101-118. Più recentemente, Id., *La regolamentazione della rappresentanza di interessi nell'Unione europea. Le (timide) novità introdotte dal nuovo accordo interistituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1/2019, pp. 49-60.

Questa posizione è stata parzialmente smentita dai recentissimi scandali che hanno investito due deputati della CDU/CSU, Nußlein e Löbel³⁵ e che hanno mostrato la fragilità del – pur naturale – connubio tra interessi diffusi e politica, nella misura in cui questi contatti siano lasciati alla mera prassi e non siano invece specificamente regolati da una disciplina improntata alla massima trasparenza. L'*affaire* Nußlein e Löbel ha rappresentato lo stimolo determinante per una modifica sostanziale della disciplina normativa del *lobbying*, già tentata nel passato, ma senza successo, dal gruppo *Die Linke*³⁶.

Ad oggi, dopo la modifica legislativa, l'ordinamento tedesco contempla tre strumenti per la regolazione del fenomeno del lobbismo.

Il primo è rappresentato dal decalogo di norme comportamentali contenuto nella c.d. legge sui deputati, tra cui un obbligo di comunicazione e rendicontazione di tutte le attività professionali aggiuntive rispetto al mandato (*Nebentätigkeiten*) e che sono rilevanti ai fini del mandato (§ 44a comma 4 e § 44b nn. 1 e 2).

Il secondo, previsto dal 2015, è il periodo di attesa obbligatorio (il c.d. *Karenzzeit*) per quei cancellieri, ministri e segretari di stato parlamentari che volessero passare dal settore pubblico a quello privato. Il periodo d'attesa è stabilito in 12 mesi, ma può essere elevato fino a diciotto mesi dalla data di cessazione del mandato. Della decisione è investito il Governo federale – supportato dal parere di un comitato indipendente – che può posticipare l'accettazione dell'impiego qualora ritenga vi possa essere il rischio di un pregiudizio per l'interesse pubblico³⁷.

Il terzo strumento è, come accennato, la recente legge sul lobbismo (approvata proprio a seguito dello scandalo sopra ricordato) che ha inteso creare un vero e proprio registro delle

³⁵ Due deputati del Bundestag, Georg Nußlein (CSU) e Nikolas Löbel (CDU), sono stati indagati dalla procura di Monaco per aver svolto attività di intermediazione tra aziende produttrici di mascherine, il Governo federale tedesco e quello bavarese, ricevendo in cambio (a titolo personale ed esentasse) alcune provvigioni. Il 25 febbraio il Bundestag revocava l'immunità parlamentare di Nußlein e qualche poco dopo anche quella di Löbel.

³⁶ Le riserve sulla sua proposta di *Die Linke* (BT-Drs. 18/3842, 2016) avanzata dalla *Commissione per le Elezioni, le Immunità e il Regolamento*, emerse nella seduta del 12 maggio 2016, riguardavano il possibile contrasto del principio di trasparenza (assolutizzato) con i principi democratici e con la rappresentanza degli interessi che, al contrario della trasparenza, è considerato un diritto fondamentale nel sistema tedesco. Problematica appariva anche la previsione di sanzioni in caso di non ottemperanza all'obbligo di iscrizione. Cfr. audizioni parlamentari del prof. U. Schliesky - Direttore dello Schleswig-holsteinischer Landtag e del prof. H. Sodan - Freie Universität Berlin in www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a01/anhoerungen/stellungnahmen/ 418862; e M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspuetz (a cura di), *Parlamentsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, § 5.

³⁷ Cfr. § 21 del *Beitrag der Bundesregierung zum ersten Bericht der Kommission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der EU und ihren Mitgliedstaaten*, cit., pp. 12-13.

attività dei gruppi di pressione, proprio nella direzione auspicata dal rapporto comunitario del 2020 e di cui ha preso atto il report 2021³⁸. La nuova legge, in vigore dal 1° gennaio 2022, si rivolge ai rappresentanti (siano essi persone fisiche o giuridiche) dei portatori di interessi che svolgono la loro opera di convincimento nei confronti delle istituzioni politiche tedesche, vale a dire nei confronti di quegli organi o quelle persone che hanno ruoli decisori nel *Bundestag* o nel Governo federale. L'accesso ai locali del *Bundestag* e la partecipazione al processo legislativo attraverso audizioni o proposte informali sono condizionati alla sottoscrizione di un codice di condotta e alla loro registrazione su un pubblico registro, in forza del quale i rappresentanti dei gruppi di interesse sono tenuti a condividere una serie di informazioni personali su loro stessi, sui propri clienti e sui compensi pattuiti. Non è stata accolta, invece, l'ipotesi di inserire il cd. *executiver Fussabdruck*, una sorta di *orma*, di *traccia* del *passaggio* dei gruppi di pressione sugli atti dell'esecutivo: questi ultimi, infatti, avrebbero dovuto contenere una specie di sezione dedicata agli apporti che, in fase istruttoria, avrebbero dato i gruppi di pressione alla redazione del testo giuridico, in modo da rivelare quali passaggi sono frutto dell'apporto dei lobbisti.

La nuova disciplina rivela l'importanza della triangolazione tra democraticità, rappresentanza politica e partecipazione e dimostra come il principio di trasparenza ricopra un ruolo chiave nella *governance* della rappresentanza degli interessi e come la regolamentazione del *lobbying*, anche in senso restrittivo, in realtà assuma in Germania una duplice, implicita configurazione: da una parte, essa costituisce il tacito riconoscimento della sua funzione inderogabile nel processo decisionale; dall'altra, ne esprime l'importanza in relazione allo spiegamento del principio pluralistico, pilastro del concetto di *rule of law*. Se è vero, come sembra, che ormai (e non solo in Germania) i procedimenti decisionali pubblici sono sempre più ispirati da un sistema di *governance by agreement* che privilegia decisioni condivise la cui adeguatezza è assicurata da un'ampia garanzia partecipatoria di privati e associazioni di settore³⁹, è vieppiù importante prevedere una varietà di istituzioni e circuiti decisionali utili a canalizzarli e, allo stesso tempo, a

³⁸ La legge sostituisce il precedente Elenco pubblico dei gruppi di pressione (*Verbändeliste*) istituito nel 1972, ai sensi del regolamento interno del BT, presso l'Ufficio di Presidenza su base del tutto volontaria.

³⁹ S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Siviglia, 2012, spec. 32 ss. V. anche, per quanto riguarda il sempre più decisivo diritto transnazionale, S. Sassi, *Diritto transazionale e legittimazione democratica*, Padova, CEDAM, 2018, spec. p. 194 ss.

contemperarli a reciprocamente. Sintomatico di questo bisogno di garantire la partecipazione è il ripensamento della tradizionale partizione tra Stato e società. Se nella classica tradizione liberale la divisione era funzionale alla protezione della società civile da parte di possibili ingerenze dei poteri statuali, oggi vi è chi rovescia la prospettiva e intende la divisione come funzionale alla protezione dello Stato e al perseguimento dell'interesse pubblico da "dirottamenti" particolaristici ben raffigurato dal fenomeno del *cd. corporate take-over*.

4. *Rule of law* e Covid-19.

Se il terzo ambito di indagine dei report sulla *rule of law* – quello legato al pluralismo dei media – non presenta profili di particolare criticità o interesse per quanto riguarda la Germania⁴⁰, è il quarto ed ultimo profilo analizzato, quello sulla tenuta del quadro istituzionale, a costituire un aspetto di indubbio interesse. Un riferimento particolare, per attualità del tema ed estensione del suo impatto, va all'effettiva garanzia dei diritti fondamentali in costanza dell'emergenza pandemica da Covid-19, forse il vero banco di prova per lo stato di salute della *rule of law* nel Paese.

Sia il report 2020 che quello 2021 sostanzialmente promuovono la gestione tedesca della pandemia, riconoscendole il merito, a fronte della complessità di questa fase, di non aver alterato i diritti e le libertà costituzionali individuali⁴¹.

Non si tratta, in effetti, di un giudizio affrettato.

Durante la pandemia la Germania, pur non essendo riuscita a contenere la produzione della regolamentazione emergenziale derogatoria (circostanza su cui ha certamente influito in modo determinante la natura federale dello Stato tedesco), ha tuttavia di fatto conservato gli equilibri del sistema delle fonti e dei rapporti tra poteri e organi dello Stato. Si pensi, ad

⁴⁰ La libertà di stampa e di informazione (nella duplice declinazione di libertà di informare e di essere informati) sono garantite dall'art. 5 del GG. Il quadro è ulteriormente integrato dalle leggi sulla stampa e sui media emanate dai *Länder*, a cui spetta, ai sensi dell'art. 70 GG, la competenza a regolare la materia dell'informazione. Le emittenti radiofoniche e televisive private sono disciplinate dalle 14 diverse autorità di regolamentazione statali indipendenti (*Medienanstalten*), che sono responsabili della concessione delle licenze, dell'assegnazione delle frequenze e della vigilanza sulle emittenti radiotelevisive private e pubbliche (ARD e ZDF). Sotto questo aspetto il report si limita a evidenziare che l'ordinamento è dotato di garanzie efficaci per assicurare la limitazione del controllo formale e informale dei partiti politici sui media, così come per assicurare una corretta pubblicità politica.

⁴¹ Cfr. Report 2021 - Germania, cit., spec. p. 16 ss.

esempio, che la nuova legge per la prevenzione e il contrasto delle infezioni (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* o *Infektionsschutzgesetz* del 20 luglio 2000, modificata poi in costanza della emergenza il 17 marzo), nel delineare le funzioni ed i poteri attribuiti espressamente alle autorità competenti – vale a dire i *Länder* – e delle misure che esse possono intraprendere per contrastare la pandemia, qualifica espressamente, per ognuna di esse, le rispettive libertà che possono essere limitate⁴².

Il presidio più importante di legalità è stato, ancora una volta, il sistema giudiziario e, in particolare, le relativamente numerose pronunce del Tribunale costituzionale federale sulla (in)costituzionalità delle misure adottate dagli enti territoriali e dai *Länder*; attraverso provvedimenti ingiuntivi provvisori (*einstweilige Anordnungen*) attivati attraverso lo strumento del ricorso diretto di costituzionalità il Tribunale ha più volte obbligato le amministrazioni locali a riconsiderare alcune loro scelte concrete.

Infatti, se la giurisprudenza amministrativa – specialmente durante la cosiddetta *prima ondata* tra marzo e giugno 2020 – aveva mostrato livellarsi quasi acriticamente sulle pozioni dei vari esecutivi, l'attenzione dedicata dal *Bundesverfassungsgericht* a supervisionare il concreto bilanciamento di tutti gli interessi gioco ha permesso di conservare un nucleo delle libertà fondamentali più ampio rispetto a quello della maggior parte dei Paesi europei. Una direzione, questa, a cui si è lentamente uniformata anche la giurisprudenza amministrativa, man a mano che l'emergenza pandemica si prorogava, pur perdendo di intensità⁴³.

⁴² Si tratta, invero, di una clausola costituzionalmente necessaria, per disposto stesso del GG che al suo art. 19 comma 1 consente la compressione dei diritti fondamentali, da parte della legge o sulla base della legge, ma sempre e solo se espressamente individuati e nominati, a tal fine, dal legislatore e con indicazione dell'articolo che li consacra. Ciò consente che il sacrificio dei diritti sia ridotto al minimo necessario.

⁴³ Si pensi alle prime decisioni che ritenevano legittimi, ad esempio, le limitazioni al *jogging* (e dunque alla libertà di circolazione) anche in solitaria; successivamente si veda OVG Berlin-Brandenburg, 29 agosto 2020 – Az. 1 S 101.20 che, ritenendo illegittimo il divieto imposto dalla Polizia di Berlino, ha permesso che potesse avere luogo addirittura una manifestazione contro le misure Covid-19; Cfr. anche VGH Baden-Württemberg, 5 maggio 2020, Az. 1 S 1623/20, sul criterio indicativo per il numero consentito di clienti (20m² a persona compreso il personale), considerato probabilmente illegale; VGH Baden-Württemberg, 30 luglio 2020, Az. 1 S 2087/20 sull'obbligo incondizionato, per il personale di un macello, di sottoporsi a test (due volte alla settimana) giudicato sproporzionato; OVG Nordrhein-Westfalen, 08 settembre 2020 – Az. 13 20 902/20.NE, che ha ritenuto sproporzionata una chiusura totale e a tempo indeterminato delle case di appuntamento; VGH Bayern, 1 settembre 2020, Az. 20 CS 20.1962 che ha accolto un ricorso contro il divieto di consumo di alcool in spazi pubblici dopo le 23:00 emesso dal Comune di Monaco per frenare i casi di contagio Covid-19. Il Tribunale, pur ritenendo la misura, in linea di principio efficace e giustificabile, ha tutta via censurato che la sua portata fosse estesa indiscriminatamente a tutto il territorio cittadino e non ad alcuni *hotspot* della movida; VGH Hessen, ordinanza del 30 ottobre 2020 - 6 B 2621/20 dichiarava illegittimo, perché sproporzionato, l'atto amministrativo generale con il quale il Landkreis Marburg-Biedenkopf aveva

Pertanto, se da una parte la giurisprudenza ha quasi sempre confermato la validità dei provvedimenti regolamentari e, in astratto, delle misure amministrative adottate dagli esecutivi, dall'altra, molto spesso, non ha mancato di richiamarsi ad una loro applicazione ragionevole.

Le decisioni hanno riguardato nello specifico soprattutto tre ambiti di tutela: la libertà di riunione, la libertà di culto e libertà di circolazione. Fin dalle sue prime pronunce in tema, il Tribunale costituzionale federale ha optato per un sindacato scrupoloso delle ragioni di necessità prodotte dall'amministrazione per negare l'autorizzazione a svolgere manifestazioni, in particolare quelle che avevano ad oggetto la protesta contro le misure anti-pandemia⁴⁴, l'accesso ai luoghi di culto⁴⁵ e la ragionevolezza delle misure restrittive delle libertà, in particolare sul coprifuoco diurno⁴⁶.

Minimo comune denominatore della *ratio decidendi* in tutti questi casi è la mitigante opera di controllo sull'adeguatezza, sulla necessità e sul minor sacrificio alla base delle misure, volto al concreto bilanciamento tra i due pilastri della libera-democrazia, ovvero la tutela

prolungato la chiusura fino al 30 novembre 2020 delle attività di ristorazione; infine OVG Berlino-Brandeburgo, ordinanza del 16 ottobre 2020 - 11 S 88.20, sul c.d. divieto di pernottamento: nel caso il Land Brandeburgo aveva adottato, tra le varie misure profilattiche, il divieto per le strutture alberghiere di accettare ospiti provenienti da Länder dove il tasso di contagio fosse superiore a 50 su 100.000 abitanti. Il tribunale amministrativo di Berlino-Brandeburgo stabiliva che tale divieto fosse illegittimo e sospendeva provvisoriamente la sezione dell'ordinanza sul trattamento dei dati personali SARS-COV-2. La misura non sarebbe stata adeguata al contenimento del virus, dal momento che non vi sarebbe stata nessuna prova che gli hotel rappresentino focolai di contagio, al contrario essi avrebbero contenuto il virus meglio di altri luoghi dove le persone potrebbero comunque decidere di spostarsi senza il rispetto delle misure di igiene previste negli hotel.

⁴⁴ Cfr. BVerfG ordinanza della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvR 828/20 del 15 aprile 2020. Il caso originava, appunto, dalla negata autorizzazione a tenere una manifestazione contro le misure anti-pandemia a Gießen, in Assia. Nonostante l'organizzazione avesse assicurato il rispetto di tutte le misure di sicurezza personale (distanziamento, mascherine, numero massimo di partecipanti), l'amministrazione giudicava che ogni tipo di manifestazione compresse un immediato pregiudizio per l'ordine e la salute pubblica. Secondo i giudici di Karlsruhe: «la decisione [di non ammettere la manifestazione] non è conforme al parametro dato dall'art. 8, comma 1 GG [libertà di riunione] anche per il fatto che essa, nella parte in cui valuta la compatibilità della riunione con il § 1 della ordinanza dell'Assia, non è stata assunta in seguito a un sufficiente apprezzamento delle circostanze concrete del caso di specie» (§ 14 della ordinanza). Per una prima lettura della pronuncia, J. Fährmann, H. Aden e C. Artz, *Versammlungsfreiheit – auch in Krisenzeiten!*, 15 aprile 2020, in www.verfassungsblog.de. V. anche BVerfG, ordinanza della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvQ 37/20 del 17 aprile 2020, in cui la Corte statuisce: «È vero che l'autorizzazione (alla manifestazione) rimane un atto discrezionale dell'Amministrazione, tuttavia dichiarare che non si può autorizzare una riunione perché non garantirebbe le condizioni di protezione contro l'infezione è un'affermazione insostenibile [...], dimostra che non si è tenuto adeguatamente conto delle circostanze specifiche di ogni singolo caso» (§ 24).

⁴⁵ *Ex multis*, BVerfG ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato - 1 BvQ 44/20 del 29 aprile 2020; per la traduzione italiana del comunicato stampa, si v. <https://drive.google.com/file/d/1Wy7rerxbAMyGvm7xXv4GltPBFFtEmIYd/view?usp=sharing>.

⁴⁶ BVerfG ordinanza della Terza Camera del Primo Senato 1 BvR 1027/20 del 12 maggio 2020; BVerfG ordinanza della Prima Camera del Primo Senato 1 BVQ 1021/20 del 13 maggio 2020.

degli spazi di libertà individuale e il benessere collettivo richiesto dal principio di solidarietà⁴⁷.

In questa ottica l'ordinamento tedesco, tanto nelle scelte normative quanto nelle pronunce giurisprudenziali, è apparso orientato a *normalizzare l'emergenza*, nel senso di limitare, per quanto possibile, i suoi aspetti di eccezionalità.

5. *Wertordnung e rule of economy* come fattori di dilatazione delle categorie classiche dello stato di diritto.

Volendo, in conclusione, tirare le somme di questo nuovo strumento comunitario di valutazione e controllo sull'effettivo rispetto della *rule of law* nell'Unione, alla luce dell'analisi compiuta sul caso tedesco, pare utile sottolineare alcuni profili, anche di carattere metodologico.

Il rapporto dell'UE, almeno per la Germania, non fornisce molte linee guida concrete per un possibile miglioramento dei punti giudicati problematici, come quello che riguarda, ad esempio, l'indipendenza dei pubblici ministeri. Ed anzi, in proposito, si limita a ricordare che non esiste un modello uniforme in Europa e a sottolineare l'ovvio: l'importanza di mantenere le garanzie istituzionali per assicurare che la pubblica accusa possa operare in modo sufficientemente indipendente, libera indebite pressioni politiche.

Per quanto il format della relazione prenda in considerazione pochi profili, non manca di una certa superficialità di analisi; allo stesso tempo, la presenza di alcuni *vulnus* legati alla scelta di non trattare tutti i profili tradizionalmente connessi con la nozione di *rule of law* e un'impostazione quasi oleografica della trattazione, in tipico stile degli atti comunitari, non si può negare che la relazione rappresenti una fonte interessante e ricca di spunti per una ricognizione generale sulle tematiche più attuali che coinvolgono la *rule of law*.

Data l'impossibilità o, comunque, la grande difficoltà di utilizzare gli strumenti di coercizione che l'ordinamento pur mette a disposizione dell'Unione per sanzionare gli Stati inadempienti – dalla *opzione nucleare* rappresentata dalla procedura di infrazione (art. 7

⁴⁷ Sul merito dei casi e l'impostazione generale delle corti, in particolare quella costituzionale federale, si consenta un rinvio ad A. Gatti, *Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 3/2021, in corso di pubblicazione.

TUE)⁴⁸, agli interventi della Corte di Giustizia per violazione del diritto UE (troppo puntuali e circoscritti per incidere sull'intero sistema)⁴⁹, fino alla subordinazione della concessione di risorse economiche al rispetto dei parametri dello stato di diritto⁵⁰ (*Next Generation UE*), il report aspira piuttosto ad attivare un metodo di *moral suasion* il quale, sfuggendo alle strette logiche politiche istituzionali – si pensi al potere di ricatto nei confronti della maggioranza che hanno gli stati inadempienti in seno al Consiglio – permette la creazione di una sorta di meccanismo di cooperazione integrato. Sia la relazione 2021 sia, ancora di più, quella *inaugurale* del 2020, rappresentano, pertanto, un salto di qualità che l'Europa ha fatto negli ultimi anni, nel solco di quel passaggio, che si auspica da tempo, da Unione di Stati legati da interessi economici a Unione di diritti.

Ma c'è però un altro fattore che non deve essere trascurato e, cioè, che i report sembrano porsi anche come strumenti per la difesa e la promozione di questi stessi interessi economici. Nel campo di applicazione della *rule of law* sono incluse, infatti, oltre agli elementi classici connessi al principio di legalità, al bilanciamento tra poteri e al rispetto dei diritti fondamentali, anche *nuovi* valori: la trasparenza, la lotta alla corruzione, l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione e della attività legislativa. Si tratta di strumenti concepiti come presupposti per assicurare un ambiente favorevole non solo ad una società democratica, ma anche al funzionamento del mercato interno.

Ciò vale in particolare per il caso tedesco, dove la tenuta dello stato di diritto non pone particolari problemi in riferimento agli elementi primari, quanto piuttosto a quelli di contorno; aspetti che noi associamo solo indirettamente allo stato di diritto, ma che, in realtà, preannunciano ad una più vasta opera demiurgica del legislatore comunitario.

⁴⁸ La procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE (clausola di sospensione) stabilisce che il Consiglio possa sospendere alcuni diritti (compreso quello di voto in seno al Consiglio stesso) che i Trattati riconoscono a favore dello Stato membro che, a più riprese, abbia compiuto violazioni dei valori fondamentali di cui all'art. 2 TUE. Nella storia dell'Unione, la procedura di infrazione è stata utilizzata solo due volte, nei confronti di Polonia ed Ungheria, e si è rivelata farraginosa e poco efficace, non essendo riuscita a superare in entrambi i casi la fase istruttoria. Gli ostacoli maggiori all'utilizzo effettivo della procedura sembrano doversi individuare tanto nella soglia di attivazione richiesta quanto nelle complessità procedurali e nelle soglie di voto. Cfr. A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, n. 1/2019.

⁴⁹ L'intervento della Corte di giustizia è preordinato ad un controllo puntuale su singoli casi e non sui sistemi di garanzia degli Stati membri nel loro complesso.

⁵⁰ E ciò che, ad esempio, è stato previsto con il piano *Next Generation EU* che, dal 1° gennaio 2021, subordina la concessione delle sue sovvenzioni al rispetto degli standard minimi dello stato di diritto comunemente riconosciuti in Europa.

Abstract: Il contributo analizza la situazione dello stato di diritto in Germania, muovendo dalle considerazioni della Commissione europea contenute nei suoi primi due report 2020 e 2021 e dando risalto alle criticità sotto l'aspetto normativo e applicativo in una prospettiva di sviluppo tanto diacronico quanto sincronico. Delle quattro macroaree tematiche prese in considerazione dai report, ha scelto di soffermarsi, in particolare, sul tema dell'indipendenza della magistratura, del lobbismo e della tutela dei diritti fondamentali durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Abstract: This contribution aims to provide a framework on the current situation of the rule of law in Germany, considering the issues addressed by the European Commission reports on the rule of law 2020 and 2021. It explores some of the core problems of the German pluralistic system, in particular the independence of the judiciary, the regulation of lobbying and the Covid-19 governance.

Parole chiave: Stato di diritto – Germania – Indipendenza della magistratura – Organo di autogoverno – lobbismo.

Key words: Rule of law – Germany – Independence of the Judiciary – Lobbying – Covid-19.

“E NON C’ERA RIMASTO NESSUNO A PROTESTARE”. LIBERTÀ DI RIUNIONE, RISERVA DI ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E LIMITAZIONE DEL DISSENSO NEL CONTESTO DELL’EMERGENZA PANDEMICA*

di Raffaele Manfellotti**

Sommario. 1. La disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di riunione. – 2. Ancora sulla forma degli atti limitativi della libertà di riunione: la *Direttiva* del Ministro degli interni del 10 novembre 2021. 3 – I limiti alla libertà di riunione nella *Direttiva* del Ministro degli interni del 10 novembre 2021: profili problematici. – 4. Può il riferimento alla salvaguardia della salute giustificare la limitazione generale e astratta delle manifestazioni di protesta da parte di un atto amministrativo?

1. La disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di riunione.

Sin dalle prime riflessioni sulla libertà di riunione la dottrina¹ ne ha sottolineato la vocazione politico-sociale pur nella consapevolezza della declinazione costituzionale di tale posizione soggettiva, essenzialmente, come un diritto individuale. La Costituzione garantisce, infatti, la libertà del singolo di essere presente unitamente ad altri soggetti in un luogo determinato al fine di soddisfare un interesse comune a tutti. La sussistenza di uno scopo comune condiviso qualifica, dunque, l’interesse tutelato dall’art. 17 Cost. e lo proietta in una necessaria vocazione relazionale, e dunque sociale. Ne consegue che la riunione, riconosciuta e disciplinata come un diritto civile, presenta, tuttavia, una potenzialità politica, alla luce della difficoltà di “distinguere con nettezza la faccia rivolta alla società da quella che guarda l’ordine politico”².

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

¹ Per una sintesi della riflessione scientifica sul punto, anche in una prospettiva storica, R. Borrello, (voce) *Riunione (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1401 ss.

² S. Prisco, (voce) *Riunione (libertà di)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1. In termini problematici, R. Borrello, (voce) *Riunione (diritto di)*, cit., p. 1405 ss.

Nella struttura costituzionale della libertà di riunione è, dunque, possibile individuare un elemento fisico-materiale legato alla compresenza di più soggetti nel medesimo luogo e un elemento teleologico costituito dal fine di tale compresenza. Questa constatazione è centrale nella prospettiva dell'identificazione della disciplina dei limiti posta dall'art. 17 Cost.

Come si è detto, il Costituente ha posto tale posizione soggettiva nell'ambito dei rapporti civili, nonostante la socialità insita nella struttura del diritto. Tale collocazione acquista un senso proprio in rapporto al regime costituzionale limitativo della libertà di riunione, che la Carta ha voluto equiparare ai diritti civili. In buona sostanza, l'art. 17, nel definire i limiti del diritto di riunirsi, si rivolge esclusivamente alla componente fisico-materiale della libertà di riunione³, dettandone le modalità di svolgimento («pacificamente e senz'armi») e condizionando l'eventuale divieto alla riunione alla sussistenza di minacce direttamente riconducibili alla privata e pubblica incolumità (art. 17, comma 3, Cost.). La disciplina della limitazione del profilo teleologico della riunione è posta al di fuori dell'art. 17 Cost., e varia in funzione della finalità di cui la riunione è testimonianza (politica, religiosa, culturale, ecc.).

Ne consegue che la disciplina dell'art. 17 Cost. può essere legittimamente applicata per limitare le riunioni che presentino una comprovata minaccia di tipo fisico, posto che, come meglio si dirà, il concetto di sicurezza e incolumità di cui all'ultimo comma dell'art. 17 Cost. identifica l'interesse costituzionalmente protetto alla salvaguardia della fisicità della persona; viceversa, le riunioni che siano suscettibili di offendere interessi costituzionali che prescindano da una dimensione fisica potranno essere limitate nelle forme e nei limiti della disciplina costituzionale della finalità della riunione: per cui, potrà limitarsi una riunione finalizzata alla celebrazione di un rito religioso contrario al buon costume in un luogo pubblico, ai sensi dell'art. 19 Cost., ma non, per la stessa ragione, una manifestazione artistica, poiché il buon costume non è contemplato tra i limiti all'arte nell'ambito dell'art. 33 Cost.

³ La libertà di riunione non è strumentale all'esercizio di altri diritti costituzionali (così invece A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, p. 147), poiché la manifestazione attraverso la riunione di un convincimento politico o religioso ovvero di un'esigenza culturale non è una posizione soggettiva diversa da quella tutelata dall'art. 17, bensì la declinazione di un medesimo valore che la Costituzione prende in considerazione sotto diversi profili e con diverse finalità, tra cui *anche* la condivisione di tale convincimento o di tale esigenza mediante la compresenza in un medesimo luogo.

A fronte di questa prima categoria di limiti, legittimati da clausole generali o *concetti valvola* volti a tutelare gli interessi diffusi costituzionalmente contemplati quali fattori di bilanciamento nella disciplina costituzionale relativa alla posizione soggettiva considerata (la sicurezza pubblica, il buon costume, ecc.)⁴, vi è poi una seconda categoria di interessi giuridicamente tutelati suscettibili di collidere con l'esercizio della libertà di riunione e, pertanto, astrattamente idonei a fondarne una limitazione giuridica: vale a dire, il complesso delle posizioni soggettive espressamente riconosciute dalla Carta costituzionale. La libertà di riunione può, infatti, confliggere con diversi diritti riconosciuti dalla Costituzione⁵ (paradigmaticamente, nella prospettiva del presente studio, la libertà di circolazione e le libertà economiche), per cui si può rendere necessaria una disciplina che, limitando la riunione, garantisca tuttavia il godimento anche di tali diritti. In questa sede, giova, tuttavia, sottolineare che la previsione di tali limiti deve essere necessariamente rimessa all'atto che, nel sistema costituzionale dei rapporti civili, è espressamente individuato quale garanzia della derivazione democratico-rappresentativa dei limiti stessi, ossia la legge⁶: non si crede di affermare nulla di scientificamente innovativo osservando che, nella Costituzione italiana, è possibile bilanciare due o più posizioni soggettive espressamente riconosciute solo attraverso la forma della legge.

Le considerazioni che precedono costituiscono l'acquisizione dalla quale è necessario prendere le mosse al fine di analizzare, dal punto di vista della legittimità costituzionale, le recenti misure adottate dal Ministero degli Interni nel contesto delle misure di contrasto alla diffusione dei contagi di SARS Covid-19.

2. Ancora sulla forma degli atti limitativi della libertà di riunione: la *Direttiva del Ministro degli interni del 10 novembre 2021*.

La Direttiva recante indicazioni sullo svolgimento di manifestazioni di protesta contro le

⁴ *Amplius*, se si vuole, R. Manfredi, *Diritto pubblico*, Torino, 2021, p. 73 ss.

⁵ G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, pp. 398 ss.

⁶ A. Pace, *La libertà di riunione*, cit., p. 45 ss. *Contra* R. Borrello, (voce) *Riunione (diritto di)*, cit., p. 1420, nel senso di poter rimettere all'autorità amministrativa il bilanciamento tra la libertà di riunione e gli altri diritti costituzionalmente protetti, purché tale bilanciamento sia effettuato puntualmente e concretamente in relazione a casi specifici. Sulla riserva di provvedimento nell'art. 17 Cost. *amplius infra*.

misure sanitarie in atto del Ministro degli Interni adottata il 10 novembre 2021 si introduce nel quadro delle misure di contenimento dell'emergenza pandemica adottate sin dai primi mesi del 2020, ma se ne discosta per un profilo essenziale: la causa, ovvero l'interesse pubblico perseguito mediante la misura⁷. Fino all'atto in esame, l'incisione sulle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, ancorché controversa, è stata tuttavia giustificata nella prospettiva di evitare il contagio e salvaguardare, in tal guisa, la salute delle persone. La *Direttiva* motiva, invece, i limiti da essa posti alla libertà di riunione (di cui meglio si dirà) in modo parzialmente differente.

L'atto si concentra soprattutto sulla circostanza che le manifestazioni di protesta relative all'obbligo del c.d. *green pass* e alla campagna vaccinale in corso determinano «elevate criticità sul piano dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché sul libero esercizio di diritti, pure garantiti, quali, in particolare, quelli attinenti all'esercizio delle attività lavorative e alla mobilità dei cittadini». Tali criticità giustificerebbero le misure restrittive relative alle manifestazioni stesse. In verità, la *Direttiva* contiene, altresì, un riferimento alla diffusa inosservanza delle misure di prevenzione dei contagi nelle manifestazioni, ma si tratta di una constatazione *ad abundantiam* che, tra l'altro, non legittimerebbe una disciplina eccezionale della libertà di riunione posto che sarebbe sufficiente che la pubblica autorità intervenisse contro i singoli trasgressori in applicazione della disciplina emergenziale già adottata. Pare, dunque, corretto affermare che la *ratio* della misura sia di bilanciare la libertà costituzionalmente garantita dall'art. 17 Cost. con altri diritti costituzionali e, segnatamente, le libertà economiche e la libertà di circolazione.

Tale esigenza, astrattamente considerata, non può non condividersi. Come si è detto, la libertà di riunione, specie ove estrinsecantesi in cortei e manifestazioni di protesta, è certamente suscettibile di turbare la viabilità e l'ordinato svolgimento delle attività economiche.

Il punto è che ciò riguarda *tutti* i cortei e le manifestazioni di protesta, indipendentemente dall'oggetto del dissenso. In primo luogo, dunque, limitare la necessità di bilanciamento alle manifestazioni che riguardino le misure di contenimento ai contagi da Covid-19 appare una pericolosa ingerenza nella libertà di espressione del pensiero, posto che la misura

⁷ Sul concetto di causa quale categoria descrittiva degli atti delle pubbliche autorità, se si vuole, R. Manfellotti, *La causa degli atti di diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, p. 152 ss.

finisce per discriminare tra riunione e riunione in funzione del contenuto della protesta⁸. Il provvedimento in esame, in altri termini, incide sull'elemento teleologico della riunione, senza, tuttavia, ricondurre tale limitazione ad una qualsivoglia base giuridica. La manifestazione del pensiero, specie quando è volta a testimoniare convinzioni politiche, gode di un favore costituzionale peculiare che ne consente la limitazione solo in casi tassativi, tra i quali certamente non può ricomprendersi il dissenso fondato sulla convinzione dell'illegittimità dell'azione degli organi di governo, a prescindere dalla circostanza che tale dissenso sia fondato su convincenti elementi di fatto o meno⁹. Il sindacato sulla meritevolezza dell'opinione dissenziente introduce un pericoloso fattore di discriminazione tra le opinioni politiche, suscettibile di comprimere la stessa libertà di dissentire.

Sotto un secondo, e non meno rilevante, profilo, l'esigenza di bilanciamento dei diritti costituzionalmente tutelati, e dunque la legittimità di misure restrittive delle libertà riconosciute alla persona, richiede un livello di integrazione politica che può essere espresso esclusivamente mediante il coinvolgimento del Parlamento, e richiede, dunque, che il limite rivesta la forma della legge indipendentemente dalle posizioni soggettive che, attraverso tale limite, si intenda salvaguardare¹⁰. È senz'altro possibile (ed è anzi, ad avviso di chi scrive, auspicabile) limitare la libertà di riunione per garantire a tutti il godimento dei diritti costituzionalmente tutelati, ma ciò non può essere fatto con una circolare ministeriale nel più totale dispregio delle esigenze di democraticità e di rappresentatività che, sin dai tempi dell'*Habeas Corpus*, legittimano tali limitazioni.

Tali considerazioni pongono un preliminare problema di legittimità costituzionale sulla forma (non legislativa) dell'atto utilizzato in rapporto alla sua causa.

3. I limiti alla libertà di riunione nella *Direttiva* del Ministro degli interni del 10 novembre 2021: profili problematici.

⁸ La circostanza che le indicazioni poste dalla *Direttiva* «potranno» trovare applicazione anche a proposito di pubbliche manifestazioni relative a tematiche diverse, secondo quanto da essa stessa affermato, sembra dare ancora più forza a tale rilievo critico: non solo perché pone un evidente pregiudizio in relazione alle manifestazioni contro le misure sanitarie in atto, ma altresì perché sembra attribuire all'autorità pubblica una potestà discrezionale caso per caso in ordine a quali manifestazioni vietare e quali consentire.

⁹ A. Barbera, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, p. 2723 ss.

¹⁰ Sul punto, in espresso riferimento alle limitazioni adottate nel contesto dell'emergenza pandemica, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 561 ss.

Indipendentemente dalla sua natura giuridica, altrettanto problematica, in rapporto alla compatibilità con il sistema costituzionale, appare la disciplina posta dalla *Direttiva* sotto il profilo dell'art. 17 Cost.

Essa demanda infatti ai Prefetti il compito di «individuare specifiche aree urbane sensibili, di particolare interesse per l'ordinato svolgimento della vita della comunità, che potranno essere oggetto di temporanea interdizione allo svolgimento di manifestazioni pubbliche per la durata dello stato di emergenza». In sostanza, l'atto prevede che il Prefetto possa conformare il territorio sottoposto alla sua autorità secondo una sorta di *scacchiera*, individuando alcune *caselle* nelle quali sono vietate le manifestazioni pubbliche di protesta contro le misure sanitarie vigenti nonché, discrezionalmente, le altre manifestazioni. La prassi dell'interdizione preventiva alla celebrazione delle riunioni non è una novità introdotta dal provvedimento in esame, che ha, al contrario, alcuni precedenti oggetto di aspre critiche da parte degli studiosi¹¹.

Anche prescindendo dalle considerazioni di cui al paragrafo che precede, e dunque volendo ipotizzare – non senza una forzatura dell'interpretazione letterale del provvedimento – che esso si collochi nella prospettiva della limitazione dell'elemento fisico, e non teleologico, della riunione, sembra evidente che la previsione attribuisce alla Prefettura una valutazione preventiva e generale delle aree in cui, per presunzione assoluta, sussistono ragioni ostative allo svolgimento della riunione; valutazione che prescinde, almeno nel primo caso, dalle concrete modalità di svolgimento delle singole manifestazioni.

La disciplina costituzionale della riunione, tuttavia, subordina la legittimità del divieto all'esercizio della riunione a «comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». La severa formula dell'art. 17 Cost. stride con la disciplina amministrativa in esame sotto un duplice profilo.

In primo luogo, il divieto può essere supportato solo da motivi specificamente inerenti alla salvaguardia dell'incolumità delle persone, che è cosa diversa dal generico riferimento all'ordinato svolgimento della vita economico-sociale contenuto nel provvedimento ministeriale. Invero, il concetto di sicurezza pubblica non coincide con quello di ordine pubblico¹². Si può definire la sicurezza come l'assenza di disordini lesivi della pace sociale.

¹¹ Si pensi alla *Direttiva* del Ministro dell'Interno del 26 gennaio 2009.

¹² R. Borrello, (voce) *Riunione (diritto di)*, cit., p. 1422 ss., sia pure accogliendo la distinzione (puramente terminologica) tra ordine pubblico materiale (coincidente con la sicurezza pubblica) e ideale.

Viceversa, l'ordine pubblico è un concetto più ampio che riguarda l'assenza di alterazioni dell'ordinato svolgersi della vita sociale, non necessariamente di natura violenta. L'ordine pubblico si lega, in altri termini, a considerazioni di carattere *lato sensu* politico¹³; orbene, l'art. 17 esclude che restrizioni alla libertà di riunione possano essere giustificate da ragioni di ordine pubblico, perché la norma, riferendosi espressamente, per un verso, alla sola sicurezza, per altro verso vieta che restrizioni possano trovare fondamento in considerazioni di ordine politico.

Sotto un secondo profilo, il riferimento a «comprovati motivi» di ordine e sicurezza pubblica impone che la decisione sull'opportunità del divieto sia compiuta caso per caso in funzione delle caratteristiche specifiche della singola riunione, e richieda, perciò, una valutazione amministrativa che non può essere compiuta in via generale ed astratta: e del resto, se l'autorità pubblica potesse prevedere *a priori* e in via generale e astratta le categorie di riunioni vietate, non si comprende quale diverrebbe poi la *ratio* dell'obbligo di preavviso di cui al terzo comma dell'art. 17.

Nella sistematica della disposizione costituzionale la dottrina ha, dunque, individuato una riserva di provvedimento *ex art. 17, comma 3, Cost.*¹⁴ che vieta la legittimità di ordinanze generali di divieto preventivo generale delle riunioni, le quali finirebbero, di fatto, per sospendere una libertà costituzionale indipendentemente dalla sussistenza di esigenze concrete¹⁵. Nell'art. 17 riceve dunque riconoscimento positivo l'esigenza di garanzia che riposa sulla necessità di provvedimenti individuali e concreti, i quali applichino i limiti posti dalla legge in via generale ed astratta apprezzando concretamente la sussistenza, nel caso specifico, degli interessi che l'ordinamento configura quale base giuridica della limitazione del diritto a riunirsi pacificamente e senz'armi¹⁶. Nella disciplina dell'art. 17 Cost., non esistono *categorie* di riunioni che minaccino astrattamente la sicurezza e l'incolumità pubblica, ma singole riunioni che, per le concrete modalità di svolgimento, siano suscettibili di impattare su tali interessi costituzionalmente protetti.

La *presunzione di pericolosità* che la disciplina ministeriale finisce con l'attribuire alle manifestazioni sulla base della mera circostanza che si svolgano in un luogo *sensibile*

¹³ Cfr. F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, in part. p. 25 ss.

¹⁴ R. Borrello, (voce) *Riunione (diritto di)*, cit., p. 1420.

¹⁵ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 253 ss., S. Prisco, (voce), *Riunione (libertà di)*, cit., p. 9, G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, cit., p. 395.

¹⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II.1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 79 ss.

(senza, peraltro, neppure chiarire quando un determinato luogo può considerarsi *sensibile* e quando no, ampliando i margini della discrezionalità prefettizia ai limiti dell'arbitrio) ha l'effetto di sospendere l'applicazione della garanzia *ex art. 17 Cost.* in determinate aree del territorio nazionale, identificate sulla base di una valutazione amministrativa non riconducibile ad un organo democratico-rappresentativo. Riesce difficile poter immaginare qualsivoglia percorso argomentativo capace di ricondurre la disciplina ministeriale nel quadro della legittimità costituzionale.

4. Può il riferimento alla salvaguardia della salute giustificare la limitazione generale e astratta delle manifestazioni di protesta da parte di un atto amministrativo?

Le brevi considerazioni che precedono evidenziano come il provvedimento ministeriale oggetto della presente analisi contrasti con l'ordinamento costituzionale sia nella forma, perché opera limitazioni che, nel sistema vigente, sono riservate alla legge, sia nel contenuto, perché la disciplina di tali limitazioni viola le garanzie della libertà di riunione così come, indirettamente della libertà di manifestazione del pensiero.

L'emergenza pandemica, e la naturale paura della morte che ad essa è legata, ha indotto a guardare con particolare sfavore alle posizioni di chi, con diverso grado di consapevolezza culturale, si è espresso contro tali misure; né si ignora che l'opinione prevalente nel Paese sembra essere a favore delle misure adottate nel biennio trascorso (come, peraltro, efficacemente testimoniato dalla larga adesione alla campagna vaccinale). Ma questo non può giustificare, di per sé, l'aprioristica limitazione dei diritti di chi non è d'accordo, di chi vuole far sentire la sua voce.

La salute costituisce un interesse fondamentale dell'ordinamento costituzionale e uno dei diritti più rilevanti riconosciuti alla persona; tuttavia, nessuna disposizione costituzionale supporta la sua ricostruzione quale *valore tiranno* suscettibile di legittimare qualsivoglia limitazione delle altre posizioni soggettive in potenziale conflitto con esso¹⁷, né di attribuirgli una posizione rafforzata in sede di bilanciamento con tali diritti. Al contrario, la

¹⁷ Sui rischi della *tirannia dei valori* quale potenziale strumento di annichilimento degli interessi giuridicamente tutelati confliggenti, C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, tr. it., Milano, 2008, in part., p. 47 ss.

circostanza che la salute sia un diritto, in linea di principio, disponibile¹⁸ preclude alla possibilità di farne una sorta di *alibi costituzionale* sulla base del quale sospendere posizioni soggettive altrettanto rilevanti semplicemente affermandone in potenziale conflitto con l'art. 32 Cost.

La garanzia della protesta pacifica costituisce la principale esigenza di uno Stato democratico, indipendentemente dai contenuti della protesta e dalle argomentazioni a sostegno di essa. Ne consegue che il diritto di riunirsi, specie ove preordinato alla manifestazione del dissenso, può certamente essere bilanciato con altri valori costituzionali, ma tale bilanciamento non può spingersi a negare *in radice* la stessa possibilità di manifestare¹⁹. L'idea che sia possibile diversificare la portata di tale garanzia a seconda del contenuto del dissenso, che la direttiva ministeriale sembra abbracciare, è pericolosa e mina i valori fondamentali del pluralismo e della convivenza: come il celebre sermone di Niemöller, che dà il titolo al presente contributo, ha, con tagico vigore, dimostrato.

Abstract: Il lavoro indaga la compatibilità costituzionale della recente determinazione del Ministero dell'Interno limitativa della libertà di riunione con la disciplina dell'art. 17 Cost.

Abstract: The work analyzes the respect of Constitution of the new act of Ministry of Interior that limits the liberty of meeting with. The article 17 of Italian Constitution.

Parole chiave: Libertà di riunione – limiti – Ministero dell'Interno.

Key words: liberty of meeting – limits – Ministry of Interior.

¹⁸ Aspetto che è particolarmente valorizzato dalla ricostruzione di C. Iannello, *Salute e libertà*, Napoli, 2020, in part. p. 133 ss.

¹⁹ Acquisizione pacifica anche nell'ordinamento europeo: cfr. Corte di Giustizia, sent. del 12 giugno 2003, c. C-112/00.

GIUDIZIO ABBREVIATO ED ERGASTOLO: TRA CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ E DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA.

NOTA A CORTE COSTITUZIONALE N. 260 DEL 2020*.

di Teresa Esposito **

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra ergastolo e giudizio abbreviato. – 3. La legge n. 33/2019. – 4. La questione di diritto intertemporale. – 5. Le censure relative al principio di uguaglianza. – 6. Considerazioni conclusive.

211

1. Premessa.

La sentenza n. 260/2020¹ è l'epilogo della trattazione riunita di tre questioni di legittimità costituzionale² sollevate in relazione alla legge n. 33/2019 – c.d. legge Molteni – che, modificando gli artt. 429, 438 e 441-*bis*, c.p.p., ha (nuovamente) previsto l'«inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

In particolare, ancorché i giudici *a quibus* abbiano sottoposto al vaglio della Consulta diverse disposizioni della legge *de qua*³, il punto nodale delle questioni è il dubbio sulla conformità a Costituzione e, in particolare, la conciliabilità con l'art. 3 Cost. del nuovo

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”.

¹ Per un commento della pronuncia *de qua*, si veda L. Agostino, *Legittima l'inammissibilità del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo*, in www.archiviopenale.it, n. 1/2021; F. Barbero, *La preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo: la Consulta si pronuncia*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 12/2020; M. Borgobello, *Inapplicabilità del rito abbreviato ai reati puniti con l'ergastolo: una prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 260 del 2020*, in *Giurisprudenza penale*, n. 1/2021; A. M. Capitta, *Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti punibili con l'ergastolo*, in www.archiviopenale.it, n. 3/2020; G. Leo, *L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema Penale*, dicembre 2020; E. Valentini, *Giudizio abbreviato e delitti puniti con la pena dell'ergastolo: brevi note a margine della sentenza costituzionale n. 260 del 2020*, gennaio 2021.

² G.u.p. La Spezia, ord. 6 novembre 2019; Corte d'Assise di Napoli, ord. 5 febbraio 2020; G.u.p. Piacenza, ord. 16 luglio 2020, per un commento delle quali, vedasi E. Valentini, *Giudizio abbreviato, ergastolo, tempus regit actum: alla vigilia di una importante decisione della Corte Costituzionale, nota a G.u.p. La Spezia, ord. 6 novembre 2019; Corte d'assise di Napoli, ord. 5 febbraio 2020; G.u.p. Piacenza, ord. 16 luglio 2020*, in *Sistema penale*, n. 1172020.

³ Invero, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale anche in relazione agli artt. 3 e 5, l. n. 33/2019 rispettivamente dalla Corte di assise di Napoli e dal G.u.p. del Tribunale della Spezia.

comma 1-*bis* dell'art. 438 c.p.p. che sancisce la preclusione di accesso al rito abbreviato per gli imputati di delitti puniti con la massima pena detentiva.

Si intende segnalare la pronuncia in oggetto in quanto essa, con un dispositivo composto da decisioni di inammissibilità, di manifesta infondatezza e di non fondatezza⁴, affronta una tematica su cui la Corte è stata già chiamata a esprimersi in passato⁵, ma che continua a essere oggetto di dibattito dottrinale, giurisprudenziale, politico e sociale.

2. Il rapporto tra ergastolo e giudizio abbreviato.

La relazione tra giudizio abbreviato ed ergastolo è complessa e fortemente influenzata dalla composizione della rappresentanza politica. Ciò le conferisce un andamento pressoché sinusoidale, registrandosi oscillazioni tra normative che ammettono la compatibilità tra i due istituti e altre che, al contrario, la escludono⁶.

La versione originaria dell'art. 442, c. 2. c.p.p. consentiva, infatti, anche agli imputati di delitti sanzionati con l'ergastolo di celebrare il processo nelle forme del rito abbreviato⁷ e

⁴ La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, c. 1-*bis*, c.p.p., sollevate – in riferimento agli artt. 3 e 111, c. 2, Cost. – dal G.u.p. del Tribunale ordinario della Spezia; ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, c. 1-*bis*, c.p.p., sollevata – in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU – dalla Corte di Assise di Napoli; ha altresì dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 438, c. 1-*bis*, c.p.p., nonché dell'art. 3, l. n. 33/2019 (Inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo), sollevate – in riferimento agli artt. 3, 27, c. 2, e 111, c. 2, Cost. – dal G.u.p. del Tribunale ordinario di Piacenza; e infine, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 33/2019, sollevata – in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU – dal G.u.p. del Tribunale della Spezia.

⁵ Cfr. Corte cost., n. 176/1991 con commento di G. Tranchina, *Sentenza 23 aprile 1991, n. 176*, in *Il Foro Italiano*, vol. 111–1991, *parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile*, pp. 2317–2322, consultabile all' url: <https://www.jstor.org/stable/23185595>; Corte cost., ordinanza n. 163/1992 con commento di B. Lavarini, *Reati punibili con l'ergastolo e giudizio abbreviato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/1992, p. 1256.

⁶ A. Franceschini, *Giudizio abbreviato e reati puniti con l'ergastolo: storia di un rapporto tormentato e di ricorrenti dubbi costituzionali*, in *Sistema Penale*, luglio 2020; V. Maffeo, *Questioni in tema di rito abbreviato*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, definisce tale rapporto “tormentato”; per L. Agostino, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto complicato*, in *La Giustizia Penale*, n. III/2019, p. 482 e ss., “La relazione tra giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo ha iniziato ad essere problematica ancora prima dell'entrata in vigore del codice Vassalli”; secondo G. Di Chiara, *Tra crisi del sistema e ricerca di nuovi equilibri: il codice di procedura penale negli itinerari della giurisprudenza costituzionale (1992-1995)*, in *Il Foro Italiano*, ottobre 1995, vol. 118, n. 10, pp. 2728 e ss. “sul giudizio abbreviato si sono scaricate tensioni interpretative straordinarie, culminate in una lunga serie di declaratorie di incostituzionalità”.

⁷ Come noto, il rito abbreviato è un procedimento speciale che semplifica lo schema ordinario del processo attraverso la definizione dello stesso in sede di udienza preliminare e l'eliminazione della trattazione dibattimentale. È un giudizio celebrato *allo stato degli atti*, cioè in base agli elementi raccolti durante le

prevedeva espressamente che la pena perpetua, in caso di condanna, fosse sostituita con quella della reclusione per anni trenta. Nondimeno, con la sentenza n. 176/1991, la Corte costituzionale dichiarava tale disposizione costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 76 Cost⁸. Invero, la suddetta norma era stata introdotta in attuazione della legge delega per il vigente codice di procedura penale (l. del. n. 81/1987) in cui era previsto esclusivamente che l'accesso al rito premiale determinasse, in caso di condanna, la riduzione di un terzo della pena prevista per il reato. La Consulta, in particolare, riteneva che il criterio indicato nella legge delega fosse «inapplicabile ai reati puniti con l'ergastolo» e che «se il legislatore delegante avesse inteso estendere il giudizio abbreviato anche a tali delitti, avrebbe dovuto espressamente indicare il criterio sulla base del quale operare la sostituzione»⁹. La sentenza della Corte (n. 176/1991) determinava, dunque, l'inaccessibilità al giudizio abbreviato per gli imputati di delitti sanzionati con la pena perpetua e ingenerava, contestualmente, un dibattito in dottrina e giurisprudenza circa la conformità di una tale disciplina al dettato costituzionale e, in particolare, ai principi di uguaglianza e ragionevolezza¹⁰. Le divergenze sul tema culminarono nella ordinanza n. 163/1992 con cui la Corte costituzionale dichiarava espressamente che l'incompatibilità tra rito abbreviato ed ergastolo «non fosse di per sé irragionevole, né determinasse ingiustificate disparità di trattamento rispetto ad altri reati»¹¹.

indagini preliminari e contenuti nel fascicolo del P.M. A fronte della riduzione dei tempi processuali e della rinuncia al dibattimento da parte dell'imputato è prevista, in caso di condanna, una riduzione della pena pari ad un terzo della medesima ed è per questo che l'abbreviato rientra nel novero dei cc.dd. riti premiali. Per una disamina del giudizio abbreviato si veda, *ex multis*, G. Canzio, *Giudizio abbreviato*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, Vol IV- 2000.

⁸ A riguardo, ancor prima della sentenza Corte cost. n. 176/1991, G. Di Chiara, *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1989, p. 589, aveva sottolineato criticamente la divergenza tra il d.lgs. n. 447/1998 e la relativa legge delega nella misura in cui essa «stabiliva in frazione aritmetica lo “sconto” di pena da applicare in caso di condanna» mentre il legislatore delegato ammetteva il rito (anche) per l'ergastolo che, ontologicamente, non può essere oggetto di quantificazione.

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 176/1991. A riguardo, L. Agostino, *op. cit.*, afferma che con la sentenza del 1991 «la Consulta [...] andò al di là della semplice declaratoria di incostituzionalità del criterio di conversione arbitrariamente introdotto all'interno del codice di rito, deducendo dalla mancata indicazione del parametro sulla base del quale operare la trasformazione della pena dell'ergastolo in caso di giudizio abbreviato l'intento del legislatore delegante di escludere dal campo di operatività del rito speciale i delitti punibili con l'ergastolo». Sicché, come evidenzia anche V. Maffeo, *op. cit.*, il Giudice delle leggi aveva inciso non solo «sulla entità della pena da infliggersi in caso di applicazione del giudizio abbreviato ai reati in questione, ma, in radice, sulla praticabilità del rito abbreviato in ipotesi di reati punibili con l'ergastolo».

¹⁰ Per una disamina dei principi di uguaglianza e ragionevolezza vedasi rispettivamente L. Paladin, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, 1965, p. 519 e ss. e L. Paladin, (voce) *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 899 e ss.

¹¹ Corte cost., n. 163/1992, in *Cass. pen.*, 1992, 8, p. 1990, con nota di O. Mazza, *I paradossi dell'attuale giudizio abbreviato e le prospettive di soluzione nel solco della delega*.

Nel 1999 il legislatore, con la legge n. 479 (c.d. Legge Carotti), interveniva nuovamente sulla disciplina (ri)consentendo l'accesso al giudizio abbreviato in caso di contestazione di reati punibili con la pena perpetua e prevedendo che, in caso di condanna, la stessa fosse sostituita dalla reclusione per anni trenta. Tuttavia, una nuova restrizione al rito alternativo veniva introdotta con il d.l. n. 341/2000 (Interpretazione autentica dell'art. 442, c. 2, c.p.p. e disposizioni in materia di giudizio abbreviato nei processi per reati puniti con l'ergastolo) che interpolava il testo della legge Carotti stabilendo che la pena della reclusione di anni trenta dovesse essere riferita al solo caso di ergastolo senza isolamento diurno e che «[a]lla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, fosse sostituita quella dell'ergastolo».

“Un quadro normativo così caotico non poteva che lasciare morti e feriti sul campo, a cominciare da tutti gli imputati che avevano rinunciato alle garanzie del dibattimento inseguendo nel giudizio abbreviato la chimera di una pena non più perpetua, tornata però tale in corso d'opera”¹². Sicché, l'intervento normativo *de quo* – della cui reale natura interpretativa si era già dubitato in dottrina¹³ –, fu occasione della nota sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009¹⁴ in cui è stato asserito che la qualificazione di una norma come sostanziale o processuale da parte dell'ordinamento interno non è determinante in quanto, a prescindere dalla precipua collocazione della disposizione, la sua essenza deve essere individuata avendo riguardo alla concreta incidenza della stessa sulla libertà personale del condannato¹⁵. In particolare, «la legge

¹² A. Pugiotto, *Scoppola e i suoi fratelli. (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2013 p. 2.

¹³ A. Giannone, *Sub Art. 7 d.l. 24 novembre 2000 n. 341*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 386; E. Marzaduri, *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo, vera interpretazione o intervento autonomo?*, in *Guida al Dir.*, n. 27/2000, pp. 102-103, osservava che l'intervento in esame era stato “‘contrabbandato’ come interpretativo per evitare di dover riconoscere allo stesso *expressis verbis* efficacia retroattiva rispetto al momento della presentazione della richiesta di giudizio abbreviato da parte dell'imputato”.

¹⁴ A. Pugiotto, *op. cit.*, p. 2, secondo i giudici europei, la condanna all'ergastolo del condannato Scoppola, comminata in base al predetto decreto legge, oltre a violare il principio dell'equo processo, era anche contraria al principio di legalità delle pene (art. 7 CEDU) inclusivo del diritto di beneficiare retroattivamente della sopravvenuta *lex mitior* e, dunque, della riduzione dell'entità della sanzione.

¹⁵ Invero, la linea di demarcazione tra norme penali sostanziali e processuali non è sempre netta di talché, ove la disposizione processuale sia idonea ad accrescere la compressione della libertà personale del condannato, ove comporti l'applicazione di una sanzione che sia sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella prevista al momento della commissione del fatto, essa va considerata alla stregua di una norma penale sostanziale, con applicazione del principio di non retroattività sfavorevole. Ciò è stato recentemente ribadito dal medesimo Giudice delle leggi nella sentenza del 12 febbraio 2020 n. 32, per il cui commento vedasi A. Marsilio, *Norma penale retroattiva: quando è legittima? La Consulta si pronuncia sui limiti alla retroattività della norma penale volta a modificare la natura della pena. Note a margine della sentenza del 26 febbraio 2020, n. 32 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 6/2020; F. Martin, *La sentenza 12 febbraio 2020 n.*

Carotti era da considerarsi norma penale sostanziale (e non processuale) più favorevole, dunque retroattiva, quindi da applicarsi al condannato benché entrata in vigore dopo la commissione dei fatti ma pur sempre prima della sentenza definitiva di condanna»¹⁶.

3. La legge n. 33/2019.

L'intento legislativo sotteso alla l. n. 33/2019 è chiaramente quello di escludere che gli imputati di delitti puniti con l'ergastolo possano accedere al giudizio abbreviato, in prospettiva antitetica rispetto alla l. n. 479/1999. La riforma – secondo quanto ha evidenziato anche il Consiglio Superiore della Magistratura nel parere reso con delibera del 6 febbraio 2019 – intende espressamente «assicurare una risposta sanzionatoria severa a fatti di particolare allarme sociale, per i quali il sistema vigente, anche per effetto della premialità conseguente al rito, non sempre assicura che le pene inflitte siano adeguate al concreto disvalore dei reati»¹⁷.

L'entrata in vigore della legge Molteni¹⁸ ha riaperto la discussione – già occasionata dalla sentenza n. 176/1991 – intorno alla ragionevolezza di una disciplina che impedisca agli imputati di taluni reati di avvalersi del rito abbreviato. Invero, in dottrina è stato sottolineato come la disciplina *de qua* si ponga in chiara controtendenza rispetto all'incentivazione degli strumenti deflattivi con ricadute evidenti sul sistema giudiziario, sul carico del ruolo delle Corti di assise, sui termini di durata delle misure cautelari e con sacrificio dei principi di efficienza e ragionevole durata del procedimento¹⁹ evidenziando, altresì, il sostanziale

32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino, in *giurisprudenzapenale.com*, n. 3/2020; A. Apollonio, *I guardiani della legge: le ragioni dell'intervento della Consulta sulla "spazzacorrotti"*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

¹⁶ A. Pugiotto, op. cit.

¹⁷ CSM, Proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto: *Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo*, delibera del 6 febbraio 2019.

¹⁸ Per un'analisi dei presupposti applicativi della disciplina *de qua* vedasi G. Spangher, *Come cambia il giudizio abbreviato: conseguenze dell'inapplicabilità del rito speciale ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *Il penalista*, 8 aprile 2019.

¹⁹ Così F. Barbero, *L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Brevi note a caldo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, p. 5; R. Pilloni, *Giustizia penale negoziata e divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo*, in *Archivio penale*, n. 1/2020, p. 21, "l'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo incide negativamente sul carico di lavoro delle corti di assise e sui tempi del processo, oltre a rendere più difficili le collaborazioni nei processi di criminalità organizzata".

declino dei procedimenti speciali e il tradimento dello “scopo precipuo per il quale erano stati conati”²⁰. Secondo parte della dottrina, dunque, la legge n. 33/2019 avrebbe come unico fine “quello di assicurare il cittadino e l’elettore, passato e futuro, della tutela garantita dallo Stato di fronte al rischio di pene miti”, integrando il “classico intervento politico di stampo promozionale, volto a lanciare un messaggio di ‘tolleranza zero’”²¹ e riproducendo, in sede processuale, un meccanismo che ha già contaminato il diritto penale sostanziale ormai asservito al consenso elettorale²².

Altri autori, invece, pur ritenendo che la riforma non consideri adeguatamente l’esigenza di economia processuale sottesa alla *ratio* del giudizio abbreviato, hanno evidenziato – già all’indomani della sua entrata in vigore e seguendo i precedenti orientamenti della Corte costituzionale – che la medesima non sarebbe censurabile in termini di incostituzionalità in quanto, riferendosi a tutti i reati sanzionati con la massima pena detentiva²³ contemplata nel nostro ordinamento, conferirebbe ragionevolezza e proporzionalità alla scelta del legislatore di precludere per tali (gravi) fatti, l’accesso al modello alternativo di definizione del processo²⁴.

²⁰ F. Giunchedi, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l’ergastolo*, p. 2; A. Scalfati, *L’uso strategico dei procedimenti differenziati*, in *Arch. pen. web*, n. 3- 2019, p. 5, si riferisce agli ultimi interventi legislativi, definendoli «antidoti alla proliferazione del giudizio abbreviato».

²¹ *Ibidem*; G. Di Chiara, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5-2019, p. 1039, sottolinea che «l’incrocio di giudizio abbreviato e reati “da ergastolo” è additato dal legislatore del 2019, alla stregua di icona di lassismo e di mercanteggiamento, di resa dello Stato, di cedimento decadente».

²² V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it. Inoltre, secondo R. Pilloni, *cit.*, «che un simile divieto debba essere introdotto affinché «si celebri il processo, si accertino le responsabilità e ci sia la pena congrua, proporzionata alla gravità del fatto» denota un’evidente lacuna conoscitiva, dal momento che nel giudizio abbreviato non solo si celebra un “processo”, ma si accertano le responsabilità e viene irrogata una pena che, in caso di reato punito con ergastolo, poteva concretizzarsi in trent’anni di reclusione o, in caso di reato punito con l’ergastolo con isolamento diurno, nell’ergastolo».

²³ G. Spangher, *Come cambia il giudizio abbreviato: conseguenze dell’inapplicabilità del rito speciale ai delitti puniti con l’ergastolo*, in *Il penalista* 8 aprile 2019;

²⁴ A tal uopo va segnalato che non sono mancate pronunce nel senso di una manifesta infondatezza della questione. Per una dettagliata disamina si veda G.i.p. Alessandria, 28 maggio 2020, in *Sistema Penale*, con nota di E. Crippa, *Pena perpetua e giudizio abbreviato: manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale*; Ass. Santa Maria Capua Vetere, 10 giugno 2020, *ivi*, 24 luglio 2020, con nota di A. Franceschini, *Giudizio abbreviato e reati puniti con l’ergastolo: storia di un rapporto tormentato e di ricorrenti dubbi costituzionali*.

4. La questione di diritto intertemporale.

Prima di analizzare il fulcro della pronuncia, si rileva che la sentenza in esame interviene (anche) su una questione di diritto transitorio posta all'attenzione della Corte dal solo G.u.p del tribunale di La Spezia²⁵. In particolare, nel caso sottoposto al giudice Spezzino, la richiesta di rito abbreviato è stata formulata da un imputato accusato della morte della moglie, avvenuta il 28 maggio 2019, in seguito all'accoltellamento della medesima verificatosi in data 20 marzo dello stesso anno. Ritenendo che il momento di commissione del reato debba coincidere con la verifica dell'evento morte – e non con il compimento dell'azione omicida – ed essendo la vittima deceduta vigente la l. n. 33/2019, il G.u.p. ha ritenuto di dover applicare la novella in oggetto. Di talchè, il giudice *a quo* ha rigettato l'istanza di abbreviato e sollevato, contestualmente, questione di legittimità costituzionale (anche) avverso l'art. 5, legge Molteni in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU. In particolare, secondo la ricostruzione del G.u.p di La Spezia, la qualificazione processuale della novella e la conseguente operatività del principio *tempus regit actum*²⁶, si traduce in «un'imprevedibile variazione *ex post facto* del rischio penale insito alla condotta tipica, dopo che la stessa si è già esaurita e che le serie causali dalla stessa innescate esulano dalla sfera di controllo dell'agente»²⁷ violando, così, il principio di legalità e i suoi corollari dell'irretroattività (*in peius*) della legge penale e della prevedibilità del reato e della pena²⁸. La Corte costituzionale, tuttavia, replica che la

²⁵ E. Valentini, *Giudizio abbreviato, ergastolo, tempus regit actum: alla vigilia di una importante decisione della Corte Costituzionale*, in *Sistema penale*, n. 11/2020. Si veda anche G. Spangher, *L'ergastolo e l'accesso al rito abbreviato. La questione di legittimità Costituzionale sollevata dal Tribunale di La Spezia con l'ordinanza del 6 novembre 2019*, in *giustiziainsieme.it*.

²⁶ In materia di norme penali processuali, vige il c.d. principio *tempus regit actum* (Così Cassazione pen. SS. UU, sentenza n. 27614/2007) per cui si esclude che, in tema di successione di leggi processuali nel tempo, operi il principio di retroattività della disposizione più favorevole all'imputato (Cassazione pen., SS. UU, sentenza n. 27919/2011). Il processo, infatti, è una vicenda che si dipana diacronicamente nel tempo (M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto penale, Edizione 2020-2021*, Accademia del diritto editore, Roma, 2020, p. 93 ss.), sicché risulta necessario adattare la disciplina del fenomeno processuale al fisiologico mutamento del contesto sociale, economico e tecnologico. Inoltre, l'oggetto di disciplina delle norme processuali non pone l'esigenza di tutelare la libertà e l'autodeterminazione individuale che, invece, si pone in relazione alle norme penali sostanziali. Nondimeno, come precedentemente osservato (*supra* nota n. 15), non è sempre netta la distinzione tra norme penali di matrice sostanziale o processuale.

²⁷ G.u.p. del Tribunale di La Spezia, ordinanza 6 novembre 2019; Corte europea dei diritti dell'uomo. Grande Camera. *Scoppola v. Italia*, 17 settembre 2009.

²⁸ Nelle argomentazioni del giudice spezzino si rinvencono numerosi cenni alla giurisprudenza della Corte EDU per cui «legge deve soddisfare il requisito della prevedibilità, in base al quale la persona interessata deve poter prevedere, ad un livello ragionevole, date le circostanze, le conseguenze che una determinata

censura del giudice *a quo* deriva da un *erroneo presupposto interpretativo*. In primo luogo, l'art. 5, l. n. 33/2019, sancendo l'applicazione della nuova disciplina solo ai «procedimenti concernenti fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge», deroga al principio generale *tempus regit actum* vigente in materia processuale. In secondo luogo, non solo la disposizione non indica alcun criterio per stabilire il *tempus commissi delicti*, ma la *ratio* sottesa alla medesima induce ad individuarlo nel momento in cui è perpetrata la condotta criminosa proprio per garantire al consociato la piena consapevolezza delle conseguenze penali delle sue azioni e per preservarlo da un successivo mutamento peggiorativo *a sorpresa* del trattamento penale della fattispecie. Il G.u.p. di La Spezia, dunque, avrebbe dovuto applicare la disciplina processuale vigente al momento della condotta e accogliere l'istanza di giudizio abbreviato. Per tale ragione la Consulta ha dichiarato non fondata la questione *de qua* in quanto la disciplina transitoria prevista dalla legge Molteni, escludendo dal suo campo applicativo i processi concernenti fatti commessi prima della sua entrata in vigore, si pone in perfetta armonia con il principio di prevedibilità sancito all'art. 7 CEDU, nonché con l'art. 25, c. 2, Cost.²⁹.

5. Le censure relative al principio di uguaglianza³⁰.

La sentenza in esame deriva, dunque, dalla trattazione riunita delle (analoghe) questioni di legittimità costituzionale poste dal G.u.p. del Tribunale ordinario di La Spezia, dalla Corte di assise di Napoli e dal G.u.p. del Tribunale ordinario di Piacenza dinanzi ai quali sono

azione può comportare», così Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Kafkaris v. Cipro*, 12 febbraio 2008;

²⁹ In tal senso si esprime anche L. Agostino, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto complicato*, in *La Giustizia Penale*, n. III/2019, p. 488 secondo cui la legge Molteni, “memore della vicenda Scoppola”, ha previsto all'art. 5 che la riforma troverà applicazione solo in relazione ai fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore, onde evitare “l'insorgenza di questioni di diritto intertemporale”.

³⁰ A. Celotto, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in: *juridicas.unam.mx*, p. 123 ss. evidenzia che il controllo costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost. non comporta la sussistenza di un diritto soggettivo all'eguaglianza che “è sempre il riflesso di diritti o interessi direttamente azionabili, rispetto ai quali la pretesa di eguaglianza è tutelata solo indirettamente”. A riguardo si sono sviluppate «due forme di controllo: l'uno a carattere ternario [...] volto a sindacare le disparità di trattamento; l'altro a carattere binario, più ampio e pervasivo, detto di ragionevolezza”. Quest'ultimo “è divenuto un limite generale alla legislazione, “il criterio onnipervasivo di misurazione della legalità e dell'adeguatezza della scelta politica” consacrata nell'atto, riconducibile al valore essenziale della coerenza dell'ordinamento giuridico, che tende ad evitare l'arbitrio del legislatore, vietando di porre disposizioni incompatibili con la logica del sistema, senza però limitarne le sue scelte politiche per non invadere indebitamente il merito”.

stati instaurati tre processi per omicidio aggravato e ciascuno dei quali ritiene di dover rigettare la richiesta di abbreviato, stante l'entrata in vigore della suindicata l. n. 33/2019. Nel giudizio *de quo* è intervenuta anche l'Unione camere penali italiane (UCPI), in qualità di *amicus curiae*³¹, che ha presentato un'opinione scritta – ai sensi del nuovo art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti la Corte costituzionale³², ammessa con decreto del Presidente della Corte del 9 settembre 2020 – a sostegno delle censure dei rimettenti relative al nuovo art. 438, c. 1-bis, c.p.p. In particolare, i giudici *a quibus* lamentano, da un lato, il contrasto della suddetta preclusione con il principio costituzionale di eguaglianza formale e, dall'altro, l'irragionevolezza³³ di una disciplina che renda inaccessibile il rito

³¹ Per una disamina delle origini e dell'evoluzione dell'istituto *de quo*, vedasi S. Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 75 e ss.; nonché T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, n. 1/2019, p. 131.

³² La possibilità, per i cd. *amici curiae*, di intervenire nel processo costituzionale è stata recentemente introdotta con la delibera dell'8 gennaio 2020, con cui la Corte costituzionale ha modificato le norme integrative (N.I.) per i giudizi davanti a sé. In particolare, il nuovo art. 4-ter N.I. consente a due categorie di soggetti – le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità – di presentare, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di remissione nella Gazzetta Ufficiale, un'opinione scritta che potrà essere ammessa con decreto del Presidente della Corte laddove contenga elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, in ragione anche della sua complessità. Questa *apertura* della Corte alla società civile ha suscitato reazioni eterogenee: per taluni, la novità *de qua* costituisce un *progresso* in termini di partecipazione, di inoculazione nel giudizio costituzionale di tematiche rilevanti (come il fine vita, la procreazione assistita o la tutela dell'ambiente), di trasparenza nella procedura e di completezza delle motivazioni (*inter alios*, M. D'AMICO, *Gli "amici curiae"*, in *questionegiustizia.it*, n. 4/2020; 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.it*, 23 gennaio 2020; T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, 1/2019; C. Masciotta, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020; A. D'Atena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, in *Consulta online - Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2 luglio 2020); per altri, invece, essa desta sospetto e preoccupazione nella misura in cui potrebbe portare al cospetto della Corte conflitti politici, sociali ed economico-sindacali. Invero, si sottolinea come la dicitura *formazioni sociali* sia tale da inglobare al suo interno finanche partiti politici, sindacati ed esponenti di interessi lobbistici trasformando, così, l'*amicus* in *inimicus curiae*. Di talché, si auspica un accurato maneggiamento degli strumenti introdotti dalla riforma onde evitare che la Consulta diventi "un'agorà [...] un foro delle opinioni", "generando il rischio di far percepire la pronuncia definitiva del giudizio come un arbitraggio fra contrapposte posizioni politiche" (in tal senso, P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, n. 2/2020; M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2020; E. Ovito, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10/2019; A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020; S. Lieto, op.cit.).

³³ La figura dell'irragionevolezza c.d. estrinseca "ricorre quando la non pertinenza o l'incongruità della legge rispetto al fine discenda da elementi estrinseci di interpretazione. Ciò si verifica, ad es., quando si hanno deroghe alla disciplina generale prive di giustificazione adeguata o si introducono ingiustificate disparità di trattamento, ad es. attribuendo vantaggi o imponendo sacrifici irragionevoli ad alcune categorie o quando vengano utilizzati strumenti legislativi che pecchino palesemente per difetto o per eccesso, o comunque per mancanza di proporzione, rispetto all'obiettivo avuto di mira, apparendo, rispettivamente, insufficienti,

premiale in base alla sola contestazione di un reato per cui è prevista la pena perpetua³⁴. In ordine alla prima censura, i rimettenti evidenziano una violazione del primo comma dell'art. 3 della Costituzione, sia in termini di equiparazione – nella disciplina processuale – tra fattispecie che raggiungono soglie differenti di gravità e allarme sociale, sia in termini di disparità di trattamento tra ipotesi connotate dallo stesso disvalore. A tal uopo, essi utilizzano come banco di prova la figura dell'omicidio volontario aggravato sottolineando come, all'interno della stessa, vengano sussunte fattispecie tra loro diverse che – pur sfociando nel medesimo evento tipico – si caratterizzano per modalità differenti della condotta nonché per una diversa configurazione dell'elemento psicologico. Sarebbe irragionevole, a opinione dei rimettenti, sottoporre al medesimo regime processuale omicidi commessi, ad esempio, «sulla base di una pulsione occasionale e in situazione di parziale incapacità di intendere e di volere» e omicidi «perpetrati in contesti di criminalità organizzata, commessi con premeditazione o [...] con modalità particolarmente crudeli»³⁵. Un'irragionevole disparità di trattamento tra situazioni omogenee si verificherebbe, invece, consentendo il *recupero* della riduzione della pena – in esito al dibattimento – solo all'imputato per il quale sia risultata insussistente l'aggravante che determinava la comminatoria dell'ergastolo e non anche all'imputato cui siano riconosciute circostanze attenuanti prevalenti o equivalenti che elidano la suddetta aggravante. La replica della Corte a tale questione confluisce in una decisione di non fondatezza in cui la Consulta evidenzia, in primo luogo, come le lamentate disparità di trattamento tra fatti di gravità differente non derivino dal collegamento della preclusione alla pena astrattamente comminata, bensì dalla previsione della pena dell'ergastolo per fatti che si assumono

oppure ultronei o comunque tali da ingenerare disparità la cui incongruità sia di immediata evidenza; oppure quando si valuta la razionalità estrinseca della legge rispetto ai principi e valori costituzionali anche in bilanciamento tra essi, in una sorta di sindacato di proporzionalità. Nondimeno vi sono ipotesi in cui il controllo di ragionevolezza diminuisce o aumenta la sua incisività. Nel primo novero rientrano gli ambiti in cui è da riconoscere più ampio spazio alla discrezionalità del legislatore, nonché le materie refrattarie ad un'applicazione drastica del principio di eguaglianza, tra cui quella penale e quella tributaria, in cui diviene sindacabile solo l'arbitrarietà manifesta o evidente" (A. Celotto, op. cit.).

³⁴ In tal senso si esprime anche A. De Caro, *Riflessioni sulle proposte di legge C. 392 Molteni e C. 460 Morani*, p. 15 per cui "è poco coerente col principio di uguaglianza discriminare tra imputati e imputati rispetto alla possibilità di ottenere una accelerazione cospicua dei tempi di definizione del giudizio [...] Un'eventuale limitazione del catalogo di reati o di soggetti possibili fruitori del rito in parola finirebbe, invero, per creare una disparità di trattamento, destinata a coinvolgere, inevitabilmente, la previsione dell'art. 3 Cost. Sul piano formale, cioè, è indiscutibile la violazione della garanzia dell'uguaglianza di trattamento, perché taluni imputati sarebbero esclusi dall'accesso al rito speciale solo sulla scorta della astratta previsione sanzionatoria prevista per il reato contestato: l'ergastolo".

³⁵ Corte cost., s. n. 260/2020.

connotati da disvalore eterogeneo³⁶. La Corte si sofferma, poi, sull'asserita disparità di trattamento che si verificherebbe tra l'ipotesi in cui, in esito al dibattimento, venga riconosciuta l'insussistenza dell'aggravante dalla cui contestazione dipende la preclusione del giudizio abbreviato e l'ipotesi in cui tale aggravante, pur essendo ritenuta sussistente, sia successivamente elisa da una o più circostanze attenuanti equivalenti o prevalenti (ex art. 69 c.p.)³⁷. A tal uopo la Consulta sottolinea che le due situazioni menzionate non sono utilmente comparabili ai fini del giudizio relativo alla disparità di trattamento: solo nel secondo caso, infatti, si verifica un reato che raggiunge la soglia di gravità che il legislatore considera astrattamente incompatibile con il giudizio abbreviato. Di talché, appare logico consentire il recupero dello sconto di pena connesso al rito – ai sensi dell'art. 438, c. 6-ter c.p.p. – solo laddove, in esito al dibattimento, l'aggravante de *qua* risulti non sussistente e non anche quando la stessa venga meramente elisa nel bilanciamento con altre circostanze attenuanti. Per ciò che concerne, invece, l'irragionevolezza³⁸, della disciplina introdotta dalla legge 33 del 2019, i rimettenti, nonché l'UCPI evidenziano come il criterio della pena comminata in astratto non sia idoneo ad individuare le condotte effettivamente connotate da un maggiore disvalore e tali da essere assoggettate ad una disciplina processuale più severa. In particolare, ricostruite brevemente le vicende storiche che hanno condotto all'attuale disciplina, l'amico della Corte ha insistito sull'irragionevolezza di una preclusione fondata esclusivamente sul titolo di reato contestato enfatizzandone i conseguenti effetti discriminatori. Ad avviso dell'UCPI, infatti, la sola finalità della riforma sarebbe «quella di piegare l'accertamento giudiziale alla inflizione della pena massima, abbandonando il principio della pena giusta (art. 27 Cost.) quale unico approdo

³⁶ «Nessuno dei rimettenti contesta, però, la ragionevolezza della scelta legislativa di comminare l'ergastolo per i titoli di reato per i quali sta procedendo», così Corte costituzionale, s. n. 260/2020.

³⁷ Già all'indomani dell'ordinanza della Consulta n. 163/1992, G. Garuti, *Il no al giudizio abbreviato quando l'imputazione è da ergastolo*, in *Dir. pen proc.*, n. 3/1997, p. 314 riteneva irragionevole imporre di trascurare l'esistenza di circostanze attenuanti che, se considerate, avrebbero determinato l'irrogazione di una pena temporanea in luogo dell'ergastolo. Nondimeno, in ordine alla medesima censura (sollevata in relazione alla legge n. 33 del 2019), la Corte evidenzia come sia comune che la legge penale, sostanziale o processuale, subordini l'applicazione di un istituto alla condizione che, per il reato per cui si procede, sia prevista una determinata pena massima per la determinazione della quale, l'art. 4 c.p.p. prevede che si tenga conto delle sole circostanze aggravanti ad effetto speciale - non anche delle attenuanti- e come, in ogni caso, non viene mai richiesto all'autorità procedente di effettuare il bilanciamento ex art. 69 c.p.

³⁸ Va sottolineato che R. Pilloni, op. cit., p. 21, rileva anche un'irragionevolezza intrinseca alla stessa legge Molteni nella misura in cui “in una sorta di chiasmo della contraddittorietà [...] all'assunta necessità di preservare la funzione e soprattutto l'efficacia preventiva della pena irrogata nel giudizio abbreviato mediante l'esclusione dei delitti puniti con l'ergastolo [...] corrisponde l'investimento sul patteggiamento, rito già di per sé foriero di un forte indebolimento della medesima funzione della pena”.

costituzionalmente legittimo di un Giusto processo (art. 111 Cost.)»³⁹. Una *ratio*, peraltro, che sarebbe tutta incentrata su una concezione unicamente retributiva della pena, come risulterebbe dalla lettura della stessa originaria proposta di legge, la quale a sua volta rappresenterebbe uno degli «evidenti segnali di una politica criminale che si distanzia sempre più dai principi costituzionali e dalla interpretazione che di questi ne danno le Corti europee e la stessa Corte costituzionale»⁴⁰.

In ordine a tale questione, la Corte muove dall'orientamento inaugurato con l'ordinanza n. 163/1992 in cui aveva asserito che «la preclusione del giudizio abbreviato per gli imputati di delitti punibili con l'ergastolo non è in sé irragionevole, né l'esclusione di alcune categorie di reati, come quelli punibili con l'ergastolo, in ragione della maggiore gravità di essi, determina una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri reati, trattandosi di situazioni non omogenee». Inoltre, con l'ordinanza n. 455/2006, il Giudice delle leggi aveva escluso l'illegittimità costituzionale delle preclusioni oggettive di accesso ai riti premiali, asserendo che tali preclusioni sono espressione della discrezionalità legislativa che, nei limiti in cui non sfoci in manifesta irragionevolezza od arbitrarietà, non è sindacabile dalla Corte⁴¹. Ricalcando l'argomentazione delle suddette pronunce, la Corte nega possa ritenersi contraria al dettato costituzionale una disciplina processuale che precluda, in via generale, l'accesso al giudizio abbreviato per tutti i reati (legittimamente) puniti con l'ergastolo. Una tale scelta legislativa non è irragionevole né foriera di disparità di trattamento rispetto agli imputati di reati puniti con pene diverse in quanto si riferisce a fatti che il legislatore giudica tanto riprovevoli ed allarmanti da sanzionarli con la pena perpetua e, di conseguenza, da ritenere necessario il loro accertamento nelle forme del rito ordinario⁴². Di talché, la previsione dell'incompatibilità tra giudizio abbreviato ed ergastolo

³⁹ Corte costituzionale, s. n. 260/2020, considerato in fatto, punto n. 4.

⁴⁰ Per l'amico della Corte, inoltre, la preclusione al giudizio abbreviato risulta oltremodo irragionevole laddove l'imputato abbia reso confessione già in fase di indagini, ovvero quando l'imputato reo confesso è anche collaboratore di giustizia. In tali situazioni, la celebrazione del dibattimento comporterebbe un inutile aggravio del carico di lavoro delle corti di assise, non compensato dal contestuale alleggerimento di quello dei giudici per le indagini preliminari. Di talché, la ragionevole durata del processo diviene un «miraggio difficilmente raggiungibile», con esiti particolarmente gravi per i processi caratterizzati da imputazioni cumulative, alcune delle quali definibili e altre non definibili con giudizio abbreviato. Così Corte cost., s. n. 260/2020, considerato in fatto, punto n. 4.

⁴¹ Corte costituzionale, ordinanza 13 dicembre 2006 n. 455 con commento di R.M. Geraci, *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*, in *Cassazione penale*, n. 6/2007, p. 2445.

⁴² «La comminatoria editale dell'ergastolo – che è pena anche qualitativamente diversa dalla reclusione, in ragione del suo carattere potenzialmente perpetuo [...] segnala un giudizio di speciale disvalore della figura astratta del reato che il legislatore, sulla base di una valutazione discrezionale che non è qui oggetto di censure, ha ritenuto di formulare [...] Una tale scelta non può certo essere qualificata né in termini di manifesta

costituisce una scelta discrezionale del legislatore che non consente alla Corte di sovrapporre una propria autonoma valutazione.

6. Considerazioni conclusive.

L'intervento del legislatore del 2019 conferma la complessità del rapporto tra giudizio abbreviato e pena perpetua, mostrando come esso sia (ancora) terreno di confronto e di scontro tra i diversi orientamenti politico-criminali⁴³. Anche in occasione della sentenza in oggetto, la Consulta ha ribadito che i termini di questa relazione – nei limiti della ragionevolezza e della non arbitrarietà – restano affidati alla discrezionalità del potere legislativo e, pertanto, non sono sindacabili dal Giudice delle leggi⁴⁴.

Nondimeno, «i dubbi e le criticità ad essa collegate non si sono certamente affievoliti [neanche] dopo la decisione»⁴⁵ *de qua*. Si ritiene che la disciplina introdotta dalla l. n.

irragionevolezza, né di arbitrarietà; e si sottrae pertanto, sotto lo specifico profilo qui esaminato, alle censure dei rimettenti» così Corte cost., s. n. 260/2020.

⁴³ R. Pilloni, op. cit., p. 28, “sul terreno del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell’ergastolo, sembra si combattano due simboli nettamente contrapposti [...] troviamo da un lato il giudizio abbreviato, che simboleggia la negozialità come un mercanteggiamento della giustizia penale [...] la pena dell’ergastolo, dall’altro lato, incarna il simbolo di quell’intransigenza punitiva [...] espressiva della più rigida repressione e stigmatizzazione di comportamenti devianti in vista della sicurezza sociale”.

⁴⁴ In ordine alla conclusione della Corte, R. Pilloni, op. cit. p. 22, ritiene che sia “imprudente liquidare ogni possibile profilo di irragionevolezza di tale divieto accontentandosi dell’ovvia considerazione per cui il legislatore è libero di modulare l’accesso al rito alternativo, escludendo eventualmente gli imputati di reati gravi, col solo limite della ragionevolezza di tale scelta: affermazione che pare, piuttosto un vero e proprio tautologismo”. D’altro canto, F. Barbero, *La preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell’ergastolo: la Consulta si pronuncia*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2020, p. 12, coglie nella pronuncia il suggerimento secondo cui, per evitare esiti applicativi discriminatori della disciplina riformata, bisognerebbe impugnare le singole disposizioni del codice penale nella misura in cui prevedono la sanzione dell’ergastolo anche per i reati contestati nei procedimenti *a quibus*.

⁴⁵ Si sottolinea, infatti, che lo scorso 19 gennaio è stata sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale dell’art. 438, c. 1-bis, c.p.p. dal G.u.p. del Tribunale di Rimini. In particolare, l’ordinanza di remissione dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione relativa alla conformità a Costituzione dell’art. 438, c. 1-bis c.p.p. in relazione all’art. 111, c. 2, Cost. laddove non prevede che l’imputato infermo di mente, riconosciuto incapace di intendere e di volere al momento del fatto, con perizia accertata in sede di incidente probatorio, possa chiedere di definire il processo con giudizio abbreviato nel caso di reato astrattamente punibile con la pena dell’ergastolo. Invero, secondo la ricostruzione del rimettente, precludere l’accesso al rito abbreviato ad un imputato riconosciuto, con le garanzie del contraddittorio, incapace di intendere di volere sembra collidere con «i principi costituzionali di ragionevolezza, nonché di efficienza del processo penale», entrambi «affermati, in plurime occasioni, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 460 del 1995, che ha affermato che l’efficienza del processo penale “è bene costituzionalmente protetto”)». «Il vulnus al principio della efficiente amministrazione della giustizia ad avviso del giudicante deriva, nel caso di specie, dalla totale superfluità di un processo dibattimentale e collegiale, che nulla potrebbe aggiungere al materiale probatorio già esistente, e non potrebbe rafforzare in alcun modo i diritti della difesa». Per una analisi dell’ordinanza di remissione, vedasi G. Padua, *Giudizio*

33/2019 e (in specie) le finalità poste a sostrato della medesima, siano espressione del c.d. *populismo penale*: un meccanismo di acquisizione del consenso che, assecondando le istanze concupiscibili della collettività, strumentalizza il diritto penale “al perseguimento di obiettivi politici”⁴⁶. Invero, si scorgerebbe la tendenza dell’agire politico ad assumere la logica accusatoria tipica del pubblico ministero (anziché quella del giudice in senso stretto), ad identificarsi con un organo investito del ruolo istituzionale di difendere la società dal crimine, di rappresentare gli interessi delle vittime e di soddisfare il bisogno di punizione avvertito dalla maggioranza dei cittadini. Si propaganda, dunque, “l’immagine di uno Stato forte che non scende mai a patti con i (più pericolosi) criminali”⁴⁷ trascurando, da un lato, che la disciplina del giudizio abbreviato non contempla una negoziazione della vicenda punitiva né attribuisce all’imputato alcun premio ingiustificato – limitandosi a promuovere l’adesione ad un modello processuale alternativo a quello ordinario – e, dall’altro, tralasciando qualsivoglia considerazione relativa all’efficacia del divieto in termini di prevenzione⁴⁸.

Abstract: Nell’ordinamento penale italiano, la relazione tra giudizio abbreviato ed ergastolo è complessa e caratterizzata dall’alternanza tra normative che ammettono la compatibilità tra i due istituti e altre che, invece, li pongono in rapporto di reciproca esclusione. Il presente lavoro analizza la sentenza della Corte costituzionale n. 260/2020 concernente la legittimità costituzionale dell’art. 438, c. 1-*bis*, c.p.p. nella misura in cui prevede l’inapplicabilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell’ergastolo. Invero, il fulcro della pronuncia verte sulla conformità al principio costituzionale di eguaglianza (ex art. 3 Cost.) della preclusione di accesso al rito abbreviato allorquando sia

abbreviato nel caso di reati puniti con l’ergastolo: la Corte costituzionale chiamata a decidere se la preclusione è giustificata anche per il soggetto non imputabile, agosto 2021, sistemapenale.it.

⁴⁶ G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 96 ss.; parla di “diritto penale del nemico”; M. Donini, *Il diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 762, nella misura in cui “per colpire fatti, si etichettano ‘come nemici’ i loro autori, strumentalizzando la loro persona”.

⁴⁷ F. Barbero, *La preclusione al rito abbreviato per i delitti puniti con la pena dell’ergastolo: la Consulta si pronuncia*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2020, p. 12; R. Pilloni, op. cit., p. 29, ritiene che la novella determini una “iconica riscrittura di un equilibrio che passa una deplorevole giustizia penale debole con i delinquenti al ritorno dell’intransigenza punitiva”.

⁴⁸ Secondo R. Pilloni, op. cit., né la minaccia, né la successiva inflizione della pena dell’ergastolo “sembrano capaci di esplicare dimostrabili effetti pratici di prevenzione generale e speciale maggiori rispetto a quelli riferibili alle pene temporanee di lunga durata [...] anche perché difficilmente, considerati i benefici penitenziari applicabili, l’ergastolo minacciato e comminato si tradurrà nel concreto in una pena perpetua”. Tale precipua circostanza, consentirebbe di riscontrare nella disciplina in analisi un difetto di proporzionalità tra mezzo utilizzato e scopo perseguito.

contestato un delitto per cui è prevista la massima pena detentiva. Esprimendosi su un argomento già oggetto di diverse pronunce, la Consulta – in linea con i precedenti orientamenti – ribadisce la conformità a Costituzione della preclusione *de qua*.

Abstract: In the Italian criminal system, the relationship between summary proceedings and life imprisonment is complex and characterized by the alternation between regulations that admit the compatibility between them and others that, instead, exclude it. The paper analyzes the Italian Constitutional Court judgment no. 260/2020 about the constitutional legitimacy of art. 438 paragraph 1 bis c.p.p. which (re)introduces the denial of the possibility to opt for summary proceedings when crimes are punished with life imprisonment. Indeed, the main point of the decision concerns the conformity with the constitutional principle of equality (ex art. 3 Cost.) of that provision. On that occasion, the Court addressed an issue on which it had already expressed its view and, in line with the previous rulings, it confirms the constitutional legitimacy of the foreclosure of access to the alternative proceedings for crimes punished with life imprisonment.

Parole chiave: ergastolo – giudizio abbreviato – preclusione di accesso – principio di eguaglianza.

Key words: life imprisonment – summary proceedings – foreclosure of access – principle of equality.

RECENSIONE AD A. MANZELLA, ELOGIO DELL'ASSEMBLEA, TUTTAVIA, MODENA, MUCCHI EDITORE, 2020.

di Raffaele Bifulco^{**}

Sommario. 1. Dall'espulsione della violenza alla rappresentatività. – 2. Deliberazioni v/s decisioni. – 3. Dal primato del Parlamento alla centralità relazionale. – 4. L'indirizzo politico di sistema.

226

1. Dall'espulsione della violenza alla rappresentatività.

Si può riuscire a ricostruire le origini, l'organizzazione e le funzioni dell'assemblea (parlamentare) e, contestualmente, dire qualcosa di nuovo su di essa in 70 pagine? Sì, se a scrivere queste pagine è uno studioso che le assemblee parlamentari le conosce come pochi, per avervi lavorato in veste di funzionario, per averle studiate, per averle frequentate in veste di parlamentare (nazionale ed europeo), per continuare ad investigarle (anche come presidente del Cesp).

“L'elogio dell'Assemblea, tuttavia” è, come si dice, un aureo libretto in cui ricostruzione e riflessione procedono assieme, grazie a una scrittura che è evocativa e stimolante fin dal titolo, in cui il corsivo fornisce già la chiave di lettura, la direzione. Rispetto alle tendenze svalutative delle aule parlamentari, molto diffuse negli ultimi anni, l'Autore è in chiara e pacata polemica.

L'avvio ha un'impronta *girardiana*. L'assemblea dà forma al gruppo, alla comunità, produce unità e identità. Nel far questo espelle la violenza, compone i conflitti. Sembra di ascoltare l'eco delle parole de *Il capro espiatorio*, “della violenza che si autoespelle, mediante la violenza, per fondare tutte le società umane”¹. Come nelle splendide analisi di René Girard sui miti e sulle religioni dalle quali emerge come la fondazione e l'ordine delle comunità affondino le proprie radici in una violenza radicalmente distruttrice nel suo

^{**} Professore Ordinario di Diritto costituzionale – LUISS “Guido Carli”.

¹ R. Girard, *Il capro espiatorio* [1982], Milano, Adelphi, 1999, p. 289.

principio, anche l'Autore avvia il suo discorso partendo da questa centrale funzione securitaria dell'assemblea.

Nelle assemblee moderne la funzione pacificatrice può persistere a una condizione, che è quella della sua rappresentatività. Una volta scelta la strada della rappresentanza, in altri termini, l'assemblea dello Stato moderno si struttura e si organizza intorno a quei principi sintetizzati nei paragrafi iniziali dedicati alla rappresentatività e alla rappresentanza. L'intuizione iniziale, quella tra assemblea e espulsione della violenza, non è indagata oltre perché l'Autore insegue altre e diverse questioni; eppure si può dire che la funzione pacificatrice permane, a patto, si diceva, che l'assemblea sia rappresentativa, sappia rispecchiare cioè il pluralismo del gruppo sociale.

E qui sovviene una riflessione indotta dalla lettura delle pagine finali, maggiormente centrate sull'attualità. La società digitale è capace di produrre nuove forme di violenza, una violenza che corre attraverso lo strumento della rete ma poi esce fuori e diventa concreta, brutale, irridente nei confronti di qualsiasi forma di razionalità. La pandemia ha estremizzato queste forme (nuove e antiche allo stesso tempo) di rapporti sociali.

Rispetto ai conflitti sociali con cui l'assemblea si è confrontata nel corso dei secoli, i conflitti della società digitale manifestano, però, caratteristiche diverse: sono latenti, per poi esplodere improvvisamente, ma soprattutto non sono espressione di interessi che, tenuti forzatamente fuori dalla rappresentanza, aspirino ad entrarvi. Conflitti che producono violenza e che sono difficili da ricomporre.

Dalla constatazione di tale difficoltà, quasi un'*impasse*, all'idea che i nuovi conflitti possano essere sanati con lo strumento della democrazia elettronica, il passo è breve. In tale prospettiva l'Autore, nelle pagine finali, indica alcune direzioni di marcia per l'assemblea del *costituzionalismo digitale*, che non voglia però farsi intrappolare dalle sirene della democrazia diretta. Come osserva l'Autore, il rischio è infatti che la disintermediazione della decisione politica si traduca non solo nella svalutazione del parlamento ma in un deperimento della democrazia. E ciò perché la moltitudine dei singoli, la piazza telematica, non è in grado di produrre deliberazioni ma solo decisioni (p. 71).

2. Deliberazioni v/s decisioni.

Dunque il plusvalore dell'assemblea sta proprio nel suo carattere deliberativo, un profilo, questo, che non è affatto dato per scontato dalle più recenti tendenze della filosofia politica, le quali si sono affiancate alle più risalenti critiche dell'*antiparlamentarismo dei professori*. Vale la pena di soffermarsi su tale profilo.

Il riferimento è alle critiche giunte più recentemente, sulla base dell'esperienza dello Stato dei partiti e del suo declino, da parte di un filone di pensiero molto diversificato – racchiudibile nelle etichette più conosciute della democrazia deliberativa e della democrazia partecipativa – che ha criticato esplicitamente o comunque estromesso i parlamenti dai processi pubblici diretti alla soluzione dei conflitti. Con poche eccezioni, le teorie deliberative non si sono occupate dei parlamenti, ma delle arene, dei fori, dei *meetings*; al più, alcuni teorici hanno intravisto nelle corti costituzionali il luogo della deliberazione istituzionalizzata. A cosa è stato dovuto tale ostracismo? Al fatto che in Parlamento si vota, ci si conta. E il voto è in qualche modo la negazione della deliberazione. È questa la base teorica di quei movimenti che, come il M5S, hanno riempito i propri atti costitutivi di riferimenti cortocircuitanti alla democrazia deliberativa, partecipativa, diretta, assumendo atteggiamenti di forte distacco, se non di disprezzo, nei confronti delle assemblee parlamentari.

Ecco, lo sforzo dell'Autore è di prender sul serio queste critiche e di imbastire un primo programma di risposta. In ciò l'Autore, pur senza dirlo, entra in contatto con quegli autori che da prospettive diverse (penso ad Habermas e Sunstein) hanno indicato la necessità di continuare a fare delle assemblee il luogo della mediazione, hanno insistito cioè sulla necessità di prendere atto delle differenze funzionali e strutturali tra assemblee parlamentari e arene deliberative e conseguentemente ritenere che esse operano su due livelli differenti. Ma allo stesso tempo hanno indicato nella mediazione tra queste due logiche la strada da seguire: le preferenze espresse attraverso i processi deliberativi che si svolgono all'interno della sfera pubblica devono essere trasformate, attraverso le procedure aggregative proprie delle assemblee legislative, in decisioni. Decisioni che, a questo punto, sono anche deliberazioni (p. 35).

Si tratta di nuove forme comunicative, che non riguardano solo i fori e le arene della democrazia partecipativa ma che abbracciano oramai l'intero universo comunicativo. Come è normale che accada, dalla società civile si sviluppano sia input positivi, come le esigenze di nuove forme di comunicazione deliberativa, sia input negativi, come mostra il fenomeno della disinformazione. Anche su questo versante l'assemblea può sviluppare processi e pratiche capaci di frenare l'imponenza di questo ultimo fenomeno, ancora attraverso il "discorso fatto di argomentazioni e di convivenza nel contraddittorio" (p. 47). L'idea che l'assemblea, con la pubblicità dei lavori e dei risultati, possa certificare un punto di verità, appare da raccogliere e sviluppare. Non certo nel senso di una verità di Stato bensì di un tentativo di oggettività, fondato sul discorso e lo scambio di opinioni.

3. Dal Primato del parlamento alla centralità relazionale.

Come assicurare all'assemblea quel primato, di kelseniana memoria, che pare aver oramai perso?

L'Autore è attento nel rivendicare per il Parlamento un primato di posizione, una centralità relazionale, che non coincide con la sovranità (pp. 31, 49). È un punto da non sottovalutare visto che la più immediata applicazione del principio di sovranità popolare – per come formulato nell'art. 1, c. 2, Cost. – è tradizionalmente indicata nell'istituto parlamentare. Sovrano è solo l'ordine complessivo, la Costituzione, l'assemblea ne è solo lo strumento di avvio e di mantenimento (p. 31). Si tratta di un'importante presa d'atto di quanta distanza vi sia rispetto ai tempi in cui la centralità del Parlamento era affermata come caratterizzante la forma di governo italiana.

Il parlamento continua a detenere il suo primato non tanto perché, come si insegna, dà la fiducia al governo, quanto perché garantisce l'unità (p. 25). È come se, al moltiplicarsi della frammentazione, il parlamento diventasse il passaggio obbligato per conferire razionalità o comunque compatibilità delle scelte rispetto al sistema politico generale. Molte pagine sono infatti dedicate all'individuazione degli indici più rilevanti di questa funzione così rilevante. E l'analisi viene condotta sia con riguardo alle funzioni di unità espressamente previste in Costituzione (a proposito delle elezioni in seduta comune, a proposito del ruolo della Commissione parlamentare per le questioni regionali) (pp. 22-25),

sia con riguardo alle tendenze più recenti in cui il ruolo relazionale, di equilibrio, di integrazione è più difficile da scorgere. Da anni Manzella ragiona del parlamento federatore, di un parlamento che, in ragione della sua forza rappresentativa più intensa, si situa, cioè, all'incrocio delle rappresentanze politiche territoriali e di quelle organiche. Solo nei confronti del governo il parlamento si colloca in un rapporto di forza "sostanzialmente paritario" (e anche questa, mi pare, è una realistica presa d'atto della trasformazione della forma di governo cui si accennava prima) (pp. 53-4), tranne poi dover ammettere la cedevolezza delle attribuzioni parlamentari nella vicenda dell'approvazione del bilancio 2019 (e certificata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 17/2019).

4. L'indirizzo politico di sistema.

Dunque una centralità del parlamento completamente ripensata. E questa impressione è ulteriormente rafforzata dalle interessanti riflessioni dell'Autore sull'"indirizzo politico di sistema", efficacemente schizzato nelle pagine 32-33 e poi ripreso in vari passaggi. Esso trae origine da un triangolo normativo individuato negli artt. 138, 11 e 3 Cost. Il primo articolo fissa i caratteri centrali dell'ordinamento interno attraverso una clausola d'eternità (relativa); il secondo apre a limitazioni di sovranità e il terzo, infine, dinamizza l'ordinamento orientandolo ad una perenne ricerca di eguaglianza tra i cittadini.

Pare così rinascere l'idea di Paolo Barile di un indirizzo politico costituzionale, trapiantato tuttavia in un contesto molto diverso. Ma soprattutto è la finalizzazione che mi pare diversa. Se l'indirizzo politico costituzionale mirava a dare forza e autonomia al Presidente della Repubblica e alla Corte costituzionale rispetto alla centralità del parlamento (la centralità di prima maniera), ora l'indirizzo politico di sistema pare coinvolgere direttamente il parlamento, se non per vincolarlo, certo per incanalarlo dentro scelte fondamentali e, in qualche modo, irreversibili. Tanto è vero che l'Autore si limita a constatare, ma non a contestare, l'arretramento della posizione del parlamento nella vicenda, appena ricordata, dell'approvazione della legge di bilancio del 2019 e portata all'attenzione della Corte costituzionale (p. 55).

E così il parlamento non esprime e non è solo espressione dell'indirizzo politico di maggioranza, ma è parte di un indirizzo politico più ampio, che, in quanto di sistema,

coinvolge tutti gli organi costituzionali, compreso il Presidente della Repubblica. Mi chiedo se non sia questo un modo per incatenare o comunque per imbrigliare un parlamento che, nella cruda realtà dell'analisi dei fatti, mostra un personale politico tendenzialmente scadente e incapace di pensare non dico nel lungo ma almeno nel medio periodo. Che è il più visibile contrassegno, poi, dell'esistenza di una classe dirigente!

In ogni caso mi pare uno spunto di grande interesse, che contribuisce a rimediare agli ottant'anni di omissioni di quel "tuttavia" contenuto nell'ordine del giorno Perassi del 5 settembre 1946.

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO SI PRONUNCIA SULLE CONCESSIONI DEMANIALI A SCOPO TURISTICO-RICREATIVO. NOTE A PRIMA LETTURA *.

di Angela Cossiri^{**}

Sommario. 1. Il conflitto tra diritto nazionale e diritto Ue: uno schema consolidato (con pochi elementi innovativi). – 1.1. Il contrasto con l'art. 49 TFUE. – 1.2. Il contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi. – 1.3. L'emergenza pandemica non giustifica la proroga. – 1.4. Elementi innovativi. – 2. Gli effetti del conflitto. – 2.1. Il dovere di non applicazione da parte della P.A. delle proroghe introdotte dal legislatore interno. – 2.2. L'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale. – 2.3. La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole. – 3. La modulazione degli effetti temporali della pronuncia. – 4. I principi ispiratori delle gare (in funzione nomofilattica).

1. Il conflitto tra diritto nazionale e diritto Ue: uno schema consolidato (con pochi elementi innovativi).

L'atteso pronunciamento del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali¹ applica uno schema consolidato nei rapporti tra ordinamento interno ed Ue e giunge, per quanto concerne questo profilo, a conclusioni del tutto prevedibili: il diritto Ue impone il rilascio delle concessioni a scopo di attività turistico-ricreativa solo all'esito di una procedura di selezione dei potenziali interessati, vietando agli ordinamenti nazionali di adottare proroghe automatiche e reiterate delle concessioni in essere. La proroga fino al 2033 disposta da ultimo dal legislatore italiano² è dunque incompatibile con il diritto

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo anticipa un saggio che sarà pubblicato nel volume A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, attualmente in corso di pubblicazione open access per EUM Edizioni Università di Macerata.

** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Macerata. *Principal investigator* del progetto *COSTE. Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni giuridico-istituzionali scientificamente validabili e concretamente percorribili in un settore strategico per lo sviluppo locale e nazionale* – Centro di studi costituzionali dell'Università di Macerata

¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentt. nn. 17 e 18/2021, pubblicate il 9 novembre 2021 sui ricorsi RG n. 14 e 13.

² L'ultima proroga dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime è stata disposta dall'art. 1, cc. 682 e 683, della l. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019), cui ha fatto seguito il d.l. n. 34/2020 (cd. decreto *rilancio*):

dell'Unione. In particolare, essa confligge con due parametri: l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva *servizi*³.

Poiché l'interpretazione del quadro normativo di riferimento è del tutto chiara e la questione risolvibile autonomamente dal giudice interno, non vi è ragione di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

1.1. Il contrasto con l'art. 49 TFUE.

In primo luogo, la proroga è in contrasto con l'art. 49 TFUE che vieta agli Stati membri di adottare misure restrittive alla libertà di stabilimento. Come era già stato affermato dalla CGUE nella sentenza *Promoimpresa* del 2016⁴: «quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto) [...] presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate». Secondo la CGUE, l'interesse transfrontaliero certo «deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione» (sent. *Promoimpresa*, punto 66). La richiesta europea sembrerebbe essere dunque quella di una valutazione caso per caso, come emerge anche dalla differente situazione rilevata dalla CGUE nei due diversi casi *Promoimpresa* e *Melis*, sottoposti a suo tempo all'attenzione del giudice europeo.

in ragione dell'emergenza epidemiologica, esso ha confermato la validità e l'efficacia della proroga, già disposta, fino al 2033.

³ Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. direttiva *Bolkestein*). Va precisato che non esiste una competenza dell'Unione europea sul regime della proprietà nè, in particolare, di quella demaniale che resta di esclusiva disponibilità degli Stati Membri. Ciascuno dei Paesi rivieraschi ha dunque realizzato un proprio differente sistema di attribuzione degli atti abilitativi di uso degli spazi pubblici, che in molti casi non è incappato nell'incompatibilità con i parametri di diritto Ue. Per approfondimenti, si veda G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020, p. 21 ss. che compara le esperienze spagnola, portoghese, francese e greca. Sulla disciplina italiana, in prospettiva costituzionalistica, si rinvia a M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018.

⁴ CGUE, V Sez., sent. *Promoimpresa* e *Melis*, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Per un commento si veda L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3/4, 2016, pp. 912-926;

Secondo il Consiglio di Stato vi è un interesse transfrontaliero certo ove sussista la «capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri» (sentt. CdS qui in commento, punto 15). Il giudice amministrativo italiano, sul punto, sembrerebbe discostarsi dal precedente europeo, preferendo alla valutazione da farsi caso per caso, una valutazione generale sull'intero patrimonio costiero nazionale. Il ragionamento è sviluppato nel punto 16⁵, che richiama anche parametri di validità interni, ricavabili dal quadro costituzionale. Si tratta di un passaggio dell'argomentazione che richiederà approfondimenti più meditati, specialmente considerando che la concorrenza non è un super-interesse costituzionale, capace di tutelare *ex se* tutti gli altri interessi fondamentali implicati da un caso, che possono essere sia di natura pubblica, che privata, e che richiedono di essere posti tra loro in bilanciamento⁶. In questa sede è sufficiente evidenziare che il ragionamento del giudice amministrativo è funzionale solo a sostenere la conclusione circa il contrasto della proroga automatica e generalizzata rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE, ma non vale ad escludere la legittimità di ipotetiche riforme legislative future che prevedessero una valutazione caso per caso della sussistenza di detto interesse, ovvero una definizione di parametri di riferimento idonei a distinguere le differenti situazioni, nella misura in cui ciò sia compatibile con il diritto UE.

⁵ Punto 16: «la P.A. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime. L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione» utilizzabile in via generalizzata e senza limiti temporali dal 2001. Secondo il Consiglio di Stato, un settore così nevralgico per l'economia del Paese non può essere sottratto al mercato e alla libera competizione economica in forza di parametri costituzionali e di principi europei (concorrenza e libera circolazione). «Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*».

⁶ Sul tema dell'interesse fondamentale alla concorrenza si vedano, *ex multis*, G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2017; A. Morrone, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. Aini e G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, Laterza, 2019; F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, pp. 595-620.

1.2. Il contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi.

Sebbene l'incompatibilità con il Trattato da sola sarebbe sufficiente ad escludere la legittimità e dunque la validità della proroga *ex lege* (sussistendo l'interesse transfrontaliero), il Consiglio di Stato rileva come essa si ponga in contrasto anche con l'art. 12 della direttiva *servizi*. Secondo tale disposizione, «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili», gli Stati membri sono obbligati ad adottare procedure di selezione tra i candidati potenziali, imparziali e trasparenti, che prevedano adeguata pubblicità sin dall'avvio (par. 1). L'autorizzazione va rilasciata per una durata limitata adeguata, non può prevedere rinnovi automatici, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami (par. 2). Tuttavia, «nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» (par. 3).

Era già stato affermato a chiare lettere nella sentenza *Promoimpresa* che le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative rientrano nel campo di applicazione della direttiva *servizi*, restando al giudice nazionale il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale, in assenza del quale si fuoriuscirebbe dal campo di applicazione dell'atto europeo. Questo parametro di validità è applicabile anche a situazioni puramente interne⁷: non rileva l'interesse transfrontaliero certo, ma appunto solo la scarsità delle risorse, poiché è quest'ultima la condizione di fatto che, creando una barriera all'ingresso di nuovi operatori nel settore, contrasta e lede l'interesse alla concorrenza nel mercato.

Sulla questione, il Consiglio di Stato ribadisce il ragionamento già percorso dal giudice

⁷ Per l'applicazione anche a situazioni puramente interne della disciplina in esame, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza 30 gennaio 2018, nelle cause riunite C-360/15 e C-31/16. Sul tema, cfr. M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI, 2018.

europeo: I) obiettivo della direttiva non è quello di *armonizzare* le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma di eliminare tali ostacoli, al fine di realizzare un'effettiva concorrenza; II) l'art. 12 disciplina il mercato interno in termini generali, applicandosi quindi a tutti i settori salvo quelli esclusi dall'ambito di applicazione della medesima direttiva, espressamente indicati nell'art. 2, c. 2; III) la tutela della concorrenza (che si concretizza attraverso la procedura di evidenza pubblica), perseguendo un obiettivo, più che delimitando un settore, è una *materia* trasversale, che impatta inevitabilmente anche negli ambiti di esclusiva competenza statale, o nei quali l'Ue ha solo una competenza di *sostegno*, come il turismo. Anche in tali settori (si pensi ad es. alla sanità, all'istruzione, alla cultura, etc.), quando si acquisiscono risorse strumentali, gli Stati membri sono obbligati alla gara. Ciò certamente non implica una violazione del principio della competenza attribuita, che governa i rapporti tra ordinamenti interno e Ue, né uno sconfinamento dell'Ue in una materia di esclusiva competenza interna; IV) una teoria che valorizzi la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente) è meramente formalistica. Nell'ottica funzionale e pragmatica del diritto Ue, l'istituto della concessione amministrativa va inteso considerando l'effetto economico del provvedimento: a prescindere dal *nomen iuris* attribuito nel diritto interno, quando la concessione attribuisce il diritto di sfruttare a scopo economico in esclusiva una risorsa naturale contingentata, produce al titolare un vantaggio in grado di incidere sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

A questo ragionamento, che era già tutto scritto, il Consiglio di Stato si limita ad aggiungere il tassello mancante: nel contesto italiano le aree demaniali marittime, lacuali o fluviali a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità. Al fine di verificare la sussistenza di questo requisito, si afferma in premessa – molto opportunamente – che andrebbe tenuta in conto sia la *quantità* del bene disponibile, sia la sua qualità, nell'ottica della domanda che esso è in grado di generare da parte di potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che viene immesso sul mercato.

La sentenza sembra considerare condivisibilmente che, finché la disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente oggetto di concessione non sia concreta e accertata,

esse non sono nel mercato, dunque non possono essere considerate risorse disponibili⁸. Inoltre, in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione e detto massimo, nella maggior parte dei casi, coincide con la percentuale già assentita. Alla luce di questo, si conclude che – almeno «attualmente» – le risorse sono scarse, quando non inesistenti⁹. La pronuncia, con qualche disarmonia rispetto alla premessa, sembrerebbe così fornire una interpretazione del concetto di scarsità, considerando i dati meramente quantitativi attualmente noti, relativi alle aree balneari disponibili/indisponibili, senza tenere conto dell'elemento qualitativo, che richiederebbe distinzioni caso per caso, e di altri parametri utili a misurare la domanda potenziale dei concorrenti.

Viene aggiunto, altresì, che l'art. 12 della direttiva *servizi* ha diretta applicabilità nell'ordinamento interno, cioè ha la caratteristica che obbliga la P.A. alla disapplicazione della legge in contrasto. Questo il ragionamento: l'art. 12 persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di attribuzione ad evidenza pubblica, che assicuri la *par condicio* fra i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina di proroga e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Per quanto sia «auspicabile che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale», nell'ordinamento giuridico ci sono già tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali, senza applicare il regime di proroga. Il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto UE, risulta coerente con l'evoluzione della

⁸ «Da questo punto di vista, i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”».

⁹ «Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione» (punto 25, conclusioni).

normativa interna sull'evidenza pubblica.

1.3. L'emergenza pandemica non giustifica la proroga.

Secondo il Consiglio di Stato, le conclusioni raggiunte circa il divieto di proroga e l'obbligo di messa a gara delle concessioni ad uso turistico-ricreativo non possono essere inficiate dall'argomento della moratoria emergenziale. L'art. 182, c. 2, d.l. n. 34/2020 presenta profili di incompatibilità con il diritto UE analoghi a quelli evidenziati già in passato per simili interventi normativi. La proroga delle concessioni in essere, secondo il giudice, è infatti «disfunzionale» rispetto all'obiettivo dichiarato dal legislatore del «contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica» (punto 28). L'interpretazione, calata nel contesto concreto di prassi ultradecennali e di un termine di durata del *periodo transitorio* decisamente espanso, sembra convincere. Il giudice ha qui un'ottica opposta a quella assunta del rappresentante politico nazionale, sul quale evidentemente hanno inciso sia la tutela di interessi nazionali e locali, considerate le specificità economiche italiane, sia la prossimità alle organizzazioni esponenziali dei concessionari balneari, interessati direttamente dalla partita.

È questo un terreno di valutazione, però, in cui si dovrebbe esprimere la discrezionalità politica, nei limiti di quanto consentito dal livello costituzionale e dal diritto dell'Unione. Su questo specifico profilo, la valutazione del giudice amministrativo non invoca parametri di validità di diritto dell'Unione, bensì richiama le argomentazioni espresse in un breve passaggio dalla Commissione UE nell'ampio contesto della sua ultima lettera di messa in mora. Tale lettera esprime il punto di vista di una delle istituzioni europee, funzionale a richiedere allo Stato la formulazione di sue osservazioni, avviando una interlocuzione tra autorità politiche, che al momento sembra essere ancora in corso. Essa è solo eventualmente prodromica alla formulazione del parere motivato, nel quale la Commissione UE formalizza la richiesta di conformarsi al diritto dell'Unione¹⁰.

¹⁰ Secondo la lettera di messa in mora della Commissione Ue (Bruxelles, 3.12.2020, C(2020)7826 def.), la reiterata proroga «scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente

1.4. Elementi innovativi.

239

In conclusione, tre sembrerebbero essere i punti sui quali il Consiglio di Stato introduce elementi di interpretazione innovativi, che potrebbero meritare analisi, essendo il resto dell'argomentazione del tutto pacifico e coerente con il quadro consolidato dei rapporti tra ordinamenti:

- 1) la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, con riferimento alla potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale;
- 2) la rilevazione dell'attuale scarsità della risorsa naturale;
- 3) l'inutilizzabilità dell'argomento dell'emergenza pandemica per giustificare proroghe transitorie *ex lege* delle concessioni in essere.

Si tratta di tre affermazioni su cui sussiste, come accennato, qualche debolezza argomentativa. Tali debolezze, peraltro, non sembrano in grado di travolgere la conclusione della sentenza circa l'invalidità della proroga automatica e generalizzata, che pare ben sostenuta da un impianto di ragionamento del tutto consolidato. Tuttavia, ove il giudice sconfina in valutazioni meno tecnico-giuridiche, pesa l'assenza di considerazione degli altri interessi pubblici fondamentali implicati dalla vicenda. Il ragionamento condotto sui tutti e tre i fronti sembra poggiare sulla fiducia nel mercato e nella concorrenza, quali strumenti capaci *ex se* a tutelare tutti gli interessi fondamentali implicati. Nessun rilievo assumono, ad es., la differenza qualitativa delle concessioni e delle situazioni imprenditoriali, ma anche, sul piano degli interessi pubblici, le disparità locali, né la considerazione dei sistemi socio-economici costieri italiani, il cui sviluppo sostenibile richiede modulazioni in ragione del contesto, o ancora la tipicità originale che in taluni casi può essere espressa, aspetti che legislatore potrebbe e dovrebbe considerare, eventualmente anche adottando parametri di ragionevole distinzione tra differenti situazioni. Tali interessi non sono sconosciuti dal diritto Ue.

ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi».

2. Gli effetti del conflitto.

2.1. Il dovere di non applicazione da parte della P.A. delle proroghe introdotte dal legislatore interno.

Il dovere di non applicazione da parte della P.A. del diritto interno in contrasto con il diritto Ue (nei limiti in cui esso sia autoapplicativo) è un approdo consolidato nell'ambito della giurisprudenza europea e nazionale¹¹. La questione di legittimità costituzionale interviene solo se la legge è in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing*, oppure, secondo la recente teoria della cd. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale violi diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹². Nessuna delle due condizioni ricorre nel caso di specie.

Meritevole di attenzione è una disattesa argomentazione dell'appellante: l'eccezionale (almeno sulla carta) natura *self-executing* delle direttive richiede una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi competenti, rischia di legittimare disapplicazioni (*rectius*: non applicazioni) della legge nazionale (in violazione del principio di legalità) affidate a valutazioni opinabili del singolo funzionario. L'argomentazione, evidentemente inconferente nella sede processuale, va calata in un contesto in cui l'organo competente nella vicenda in questione è quello del livello comunale, dove certamente le dimensioni degli apparati amministrativi possono non essere adeguate a garantire competenze giuridiche piuttosto sofisticate, quali quelle richieste. Sebbene l'argomento sia privo di pregio nella sede in cui è stato formulato, esso accende un faro su un problema reale di cui occorre tener conto.

Secondo la Plenaria, il riconoscimento tramite la sentenza *Promoimpresa* del carattere *self-executing* della direttiva, oltre che la copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito, sono sufficienti ad escludere nel caso di specie ogni incertezza. Più in generale, non è possibile intendere il principio di legalità nel senso che esso costringa la P.A. ad adottare atti comunitariamente illegittimi in nome di una esigenza di certezza del diritto,

¹¹ Consiglio di Stato, s. n. 452/1991, *F.lli Costanzo*; Corte cost., s. n. 389/1989: «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme» comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia.

¹² Corte costituzionale, s. n. 269/2017.

legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive auto-applicative. Una siffatta teoria affiderebbe alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi. Sebbene nella logica teorica il ragionamento appaia ineccepibile, calare nel contesto pratico di riferimento l'argomentazione evidenzia sia un problema di competenze in periferia, sia soprattutto di grave irresponsabilità del legislatore nazionale, che non ha di certo contribuito a fare chiarezza e ad assicurare certezza ad un settore imprenditoriale strategico per gli interessi economici nazionali, traendo in errore sia la pubblica amministrazione, che, in alcuni casi, i giudici.

2.2. L'insussistenza del legittimo affidamento del concessionario attuale.

Riguardo alla tutela del legittimo affidamento, il Consiglio di Stato ribadisce che esso dovrebbe trovare tutela non attraverso una proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (punto 38), ferma restando la necessità di soddisfare i rigorosi presupposti richiesti per il suo riconoscimento¹³.

Se fin qui il ragionamento appare ineccepibile, nei paragrafi successivi la Plenaria si spinge ad affermare che le condizioni richieste per il legittimo affidamento non sussistono «nella materia in esame». L'argomentazione, in questo caso, sembra poggiare su dati parziali: secondo la sentenza, avrebbero dovuto essere elementi informativi sufficienti per l'operatore economico i precedenti del Consiglio di Stato (del 2005 e 2007), la procedura di infrazione del 2008, chiusa nel 2012, in ragione di una promessa di riforma rimasta disattesa, e alcune sentenze della Corte costituzionale che, tra il 2010 e il 2011, hanno annullato leggi regionali istitutive di proroghe, rilevandone il contrasto con l'art. 117, c.1,

¹³ La già citata lettera di messa in mora della Commissione europea del 3 dicembre 2020, nel rilevarne l'insussistenza, ricorda che secondo il diritto UE un legittimo affidamento può sorgere solo se sono state fornite all'interessato dall'amministrazione «rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili». Secondo la sentenza della CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09 richiamata in motivazione «qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato».

Cost. per il tramite del parametro interposto costituito dal diritto UE. La sentenza omette, però, di considerare che nell'ultimo decennio numerosi sono stati gli interventi legislativi, sia statali che regionali introduttivi di proroghe, in forza delle quali i concessionari hanno ottenuto sia sentenze favorevoli, che provvedimenti amministrativi di rinnovo delle proroghe. Si tratta di una clamorosa situazione di caos che le imprese turistiche, come pure le comunità locali e le amministrazioni di periferia, hanno subito, alla quale diversi apparati dello Stato hanno concorso. Nell'esaminare la giurisprudenza costituzionale, la pronuncia evidenzia come «al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti». Occorrerebbe tuttavia aggiungere che la stessa Corte costituzionale, se fino al 2016, ha utilizzato anche il parametro *ex art. 117, c. 1, Cost.*, dal 2016 in avanti (cioè dopo la pronuncia europea *Promoimpresa*), ha utilizzato, per dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali in questa materia, sempre e solo il comma 2 dell'art. 117, lamentando esclusivamente l'invasione della competenza esclusiva statale e nulla statuendo in ordine alla compatibilità comunitaria (o con il principio della concorrenza) delle scelte confluite nelle leggi regionali di volta in volta scrutinate. La circostanza sembra dimostrare una presa d'atto della Corte costituzionale circa l'esigenza di un intervento statale, che contemperi i diversi interessi fondamentali implicati, inclusi il rispetto del parametro comunitario e l'interesse fondamentale della concorrenza che non sono i soli a dover essere considerati nel bilanciamento richiesto dalla materia¹⁴.

2.3. La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole.

¹⁴ Un interessantissimo filone di studio, che tiene conto anche dei più recenti orientamenti di giurisprudenza costituzionale, emerge dai contributi di M. C. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in questa Rivista, 1, 2019, p. 237 s.; A. Lucarelli, B. De Maria e M. C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, 2021; A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2018, pp. 1251-1257.

L'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga delle concessioni demaniali produce il venir meno degli effetti della concessione (quale conseguenza della non applicazione della disciplina interna), a) sia nei casi in cui le pubbliche amministrazioni competenti abbiano rilasciato formali atti di proroga, b) sia nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole.

a) Per quanto concerne atti di proroga rilasciati dalle P.A., secondo il Consiglio di Stato, poiché l'atto di rinnovo della concessione è da qualificarsi come meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente in via generalizzata, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, è la legge introduttiva della proroga, quale legge-provvedimento, ad essere la fonte regolatrice del rapporto. Dato che tale fonte primaria è in contrasto con il diritto UE, l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto. Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Ne segue che, se l'atto eventualmente adottato dalla PA svolge solo funzione ricognitiva, mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga. Non è dunque utilizzabile il potere di autotutela.

b) Per quanto concerne il giudicato, la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile una sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte temporale che si svolge successivamente al giudicato. Per quella parte, che non è coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens*. La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018. La legge nazionale non costituisce pertanto una sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente.

3. La modulazione degli effetti temporali della pronuncia.

Ragioni di opportunità, secondo l'Adunanza plenaria, impongono la previsione in sentenza di un periodo transitorio che preceda l'integrazione di efficacia del divieto di applicazione

della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE. La situazione di grave incertezza conseguente alle ripetute proroghe – che dunque viene ammessa in questa parte dell’argomentazione – e al mancato – benché preannunciato – riordino della materia, sarebbe aggravata dall’improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, con il rischio di ripercussioni economiche e sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede. Inoltre, occorre un tempo sia per lo svolgimento delle gare, sia per consentire al legislatore di disciplinare le procedure di affidamento in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell’ambito dell’economia italiana.

Sebbene l’ordinamento giuridico non necessiti di un ulteriore intervento legislativo per ripristinare la legalità comunitaria, il Consiglio di Stato sottolinea come questo intervallo temporale potrebbe consentire a Governo e Parlamento di approvare una normativa di riordino del sistema di rilascio delle concessioni demaniali, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e degli confliggenti interessi fondamentali sia pubblici, che privati implicati.

4. I principi ispiratori delle gare (in funzione nomofilattica).

Il Consiglio di Stato ritiene di trarre dal materiale normativo esaminato una serie di principi ispiratori, cui la disciplina dello svolgimento delle gare dovrebbe conformarsi, pur nella consapevolezza dei poteri normativi discrezionali del legislatore.

Per i limiti di sistema propri del potere giudiziario, si tratta di una parte della sentenza cui non possono essere letti inviti o suggerimenti rivolti al legislatore o addirittura effetti preclusivi nei suoi confronti: il legislatore è e resta pienamente libero di bilanciare gli interessi nel modo ritenuto più opportuno, nel rispetto dei soli vincoli emergenti dall’art. 117, c. 1, Cost. Questa è, piuttosto, una parte della sentenza la cui efficacia va letta in riferimento alla funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria e al compito che il giudice amministrativo si è dato: la decisione mette costantemente al centro della sua attenzione la P.A. e cerca di fornire un quadro regolatorio, conforme al diritto UE, che possa essere autonomo rispetto ad un intervento legislativo. La sentenza non manca dunque di fornire elementi utili alla P.A., nel caso in cui questa si trovasse a dover procedere con i bandi, in

assenza di una riforma del quadro regolatorio che fissi criteri di legge.

La scelta è ben comprensibile. Nell'ultimo decennio, le amministrazioni sono state costrette a districarsi nell'incertezza e nel caos normativo e giurisprudenziale. Da ultimo, a seguito del d.l. 34/2020, alcuni Comuni, applicando la legge dello Stato, hanno emanato provvedimenti di proroga fino al 31 dicembre 2033; altri hanno negato le proroghe, rilevando il contrasto tra la norma nazionale e quella di diritto UE; altre ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela; altre infine sono rimaste inerti rispetto alle istanze ricevute. In questo contesto di violazione dei principi di certezza del diritto e di uguaglianza, non potendo essere esclusa *a priori* l'inerzia del legislatore statale, sembra utile indicare i punti fermi che le amministrazioni potranno considerare. Ovviamente il decalogo dei principi ispiratori qui elencati non può che essere inteso come *cedevole* ove intervenga una riforma legislativa.

Secondo il Consiglio di Stato, sono deducibili dal diritto UE principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità; è possibile valorizzare in sede di gara considerazioni di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. Secondo il considerando 40 della direttiva servizi, la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» cui fa riferimento anche l'art. 12 è una nozione giurisprudenziale elaborata dalla Corte di giustizia, suscettibile di evoluzione¹⁵.

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari uscenti funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte di giustizia ha ammesso una valutazione caso per caso. Ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti,

¹⁵ «La nozione copre almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria» (cons. 40, direttiva servizi).

aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione¹⁶, i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo.

Il principio di rotazione, previsto nel settore dei contratti pubblici, non è imposto nel settore dei servizi; comunque, il Consiglio di Stato evidenzia che andrebbero «evitate ipotesi di preferenza *automatica* per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati, senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi). La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni».

I criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno essere individuati «criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori». Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare «gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata¹⁷ e commisurata al valore e alla complessità organizzativa della concessione, senza eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito (o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario).

¹⁶ Il Giudice, nella sua interpretazione intransigente, sembrerebbe in questo caso far riferimento a investimenti precedenti alla giurisprudenza citata nel par. 2.2 di questo scritto.

¹⁷ «sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario».

«È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento».

Abstract: L'articolo fornisce una prima lettura del pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sulla annosa vicenda delle concessioni demaniali marittime. Secondo l'Autrice, il Consiglio di Stato, allineandosi alla posizione della Corte di giustizia (sent. *Promoimpresa*, 2016), applica uno schema consolidato nel rapporto tra ordinamenti, giungendo ad una conclusione prevedibile. Se il rilascio delle concessioni a scopo di attività turistico-ricreativa deve avvenire all'esito di una gara pubblica, la proroga fino al 2033, da ultimo disposta, è incompatibile sia con l'art. 49 TFUE, sia con l'art. 12 della direttiva *servizi*. Trattandosi di diritto UE auto-applicativo, derivano da ciò il dovere di non applicazione da parte della P.A. della legislazione interna incompatibile e la perdita di efficacia delle concessioni in essere, frutto di provvedimenti di proroga o di giudicato favorevole. I pochi elementi innovativi di interpretazione riguardano il riconoscimento dell'interesse transfrontaliero certo e della scarsità della risorsa naturale. Gli effetti temporali della pronuncia sono posticipati al 2023 per ragioni di opportunità. Secondo l'Autrice, il Consiglio di Stato tende a ricostruire compiutamente il quadro normativo di riferimento, in modo tale che le P.A., dopo un lungo periodo di incertezza, potrebbero indire le gare, anche in assenza di ulteriori interventi legislativi, sulla base dei principi ispiratori emergenti dall'ordinamento europeo e interno.

Abstract: The article provides a first reading of the decision of the IT Council of State on the affair of concessions to use the maritime public domain for tourist and recreational business activities. According to the Author, the decision, agreeing with the Court of Justice (*Promoimpresa*, 2016), applies a consolidated scheme in the relationship between legal systems. If it is necessary a public tender, the extension until 2033 is incompatible both with art. 49 TFUE and art. 12 services directive. As self-executing rule, it implies the duty of non-application by the public administration and the loss of effectiveness of existing concessions. Few innovative interpretations concerne the recognition of the cross-border

interest and of the scarcity of the natural resource. The temporal effect of the decision is appropriately postponed to 2023. According to the Author, the Council of State tends to completely define the regulatory framework, so that the public administrations could launch calls without further legislative interventions.

Parole chiave: concessioni demaniali marittime – turismo – rapporti tra ordinamenti – concorrenza – direttiva servizi.

Key words: maritime public domain – tourism – relationship between National and Eu legal systems – competition – services directive.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Luca Bartolucci – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico – LUISS “Guido Carli”

Raffaele Bifulco – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – LUISS “Guido Carli”

Marina Calamo Specchia – Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale comparato –
Università di Bari “A. Moro”

Giovanni Chiola – Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di
Napoli “Federico II”

Angela Cossiri – Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Macerata

Luca Di Majo – Ricercatore t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università della
Campania “L. Vanvitelli”

Teresa Esposito – Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”

Luigi Ferraro – Professore Associato di Diritto pubblico comparato – Università della
Campania “L. Vanvitelli”

Andrea Gatti – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Pisa

Raffaele Manfellotti – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università
di Napoli “Federico II”

Paola Mazzina – Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università di Napoli
“Parthenope”

Andrea Patroni Griffi – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università
della Campania “L. Vanvitelli”

Giovanna Petrillo – Professoressa Associata di Diritto tributario – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Salvatore Prisco – Già Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”

Francesco Schettino – Professore Associato di Economia politica – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Domenico Suppa – Assegnista di ricerca in Economia politica – Università della Campania “L. Vanvitelli”

EDITORIAL TEAM

Direttori: Raffaele Bifulco - Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”), Anna Maria Nico (Università di Bari “Aldo Moro”), Anna Papa (Università di Napoli “Parthenope”), Andrea Pertici (Università di Pisa), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vedaschi (Università di Milano “Bocconi”)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfredi, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Fulvio Pastore, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi

Corrispondenti dei Comitati scientifico e editoriale di Bari e Puglia: Antonio Colavecchio, Mario Esposito, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Guido Rodio, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci.

Redazione: Antonia Maria Acierno, Armando De Crescenzo, Luca Di Majo, Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Guido Saltelli, Federico Savastano, Ignazio Spadaro, Luigi Sica, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Adriana Apostoli, Marco Bassini, Michele Belletti, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Salvatore Bonfiglio, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Quirino Camerlengo, Gaetano

Bucci, Giuseppe Campanelli, Agatino Cariola, Corrado Caruso, Laura Cappuccio, Beniamino Caravita di Toritto, Massimo Carli, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Lucia Casseti, Emilio Castorina, Marcello Cecchetti, Adriana Ciancio, Antonio Chimenti, Carlo Colapietro, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Angela G. Cossiri, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D'Alessandro, Luigi D'Andrea, Antonio D'Andrea, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Fabio Elefante, Gianluca Famiglietti, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Damiano Florenzano, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Giorgio Grasso, Maria Cristina Grisolia, Tania Groppi, Enrico Grosso, Maria Pia Iadicicco, Elisabetta Lamarque, Fulco Lanchester, Benedetta Liberali, Vincenzo Lippolis, Pietro Logroscino, Aldo Loiodice, Erik Longo, Jorge Lozano Mirales, Marco Mancini, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Ilenia Massa Pinto, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia, Alessandro Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Umberto Ronga, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Alfonso Vuolo

* Tra i componenti del Comitato di valutazione, alla data in cui hanno reso il referaggio, non vi sono né i Direttori, né i membri della redazione della Rivista