



# DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

*Rassegna on line*

Fascicolo n. 1/2022  
ISSN 2421-0528

## SOMMARIO

### *Saggi*

Tiziana Locatelli – *Elementi essenziali per una breve riflessione giuridica sulla certificazione verde Covid-19: tra riserva di legge e bilanciamento dei diritti* (p. 1)

Gateano Bucci – *Il materialismo storico come metodo della riflessione costituzionalistica di Salvatore D'Albergo* (p. 36)

Alessandra Camaiani – *Iura noscenda esset curia, non scientia: il Consiglio di Stato respinge il ricorso dei sanitari e conferma la legittimità dell'obbligo di vaccinazione antic-Covid. Prime note critiche alla sentenza* (p. 51)

Antonio Merlino – *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti* (p. 111)

Francesco Gaspari – *Radiofrequency radiation, legislative omissions and the principle of precaution* (p. 85)

Luca Longhi – *La valutazione ambientale strategica dei piani urbanistici tra uso ordinato del territorio ed efficienza amministrativa. (Nota a C. Cost., sent. n. 118/2019)* (p. 114)

Nicola Maffei – *La sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 del Trybunal Konstytucyjny: l'infausto esito di due crisi dagli sviluppi ancora da definire* (p. 125)

Maria Chiara Girardi – *Ambiente e Costituzione. L'effettiva garanzia dei diritti dei cittadini attraverso la fruibilità ed accessibilità ai beni pubblici. Il caso della Gaiola* (p. 184)

Nicola Dentamaro – *Il dibattito pubblico: profili evolutivi. Dal principio giuridico all'attuazione pratica* (p. 199)

Ilaria Roberti – *I presupposti di prevalenza della Costituzione sulla Carta di Nizza secondo la recente giurisprudenza della Corte costituzionale* (p. 221)

Maria Chiara Girardi – *Vers des models de gestion participative de la resource hydrique* (p. 239)

Marina Calamo Specchia – Uti singuli v. uti universi. *L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana* (p. 254)

Paola Mazzina – *Dalla torsione della forma di governo alla verticalizzazione della decisione parlamentare: lo svolgimento dei lavori delle Camere in tempo di pandemia e lo smart working* (p. 278)

José Ramón Narváez Hernández e Carlos Manuel Rosales – *Inapplicability of human rights: causes and foundations* (p. 301)

Adele Del Guercio – *Una governance integrate della mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico. Spunti di riflessione a partire dalla decisione Teitiota del Comitato per i diritti umani* (p. 334)

Francesca Iole Garofoli – *Domine non sum dignus: presunzione di pericolosità e pena come tortura. Presentazione del libro Contro gli ergastoli, a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone, Andrea Pugiotto* (p. 379)

#### **Note e commenti**

Luca Longhi – *Cincinnato e la discesa dal Colle. Osservazioni in tema di rieleggibilità del Presidente della Repubblica* (p. 98)

#### **Materiali**

Marina Calamo Specchia – *Audizione della Prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, 7 dicembre 2021, ore 16. DDL 2453 (conversione d.l. 172/2021) – Obblighi vaccinali e rafforzamento certificazioni verdi Covid-19* (p. 75)

**Notizie sugli autori** (p. 379)

# ELEMENTI ESSENZIALI PER UNA BREVE RIFLESSIONE GIURIDICA SULLA CERTIFICAZIONE VERDE COVID-19: TRA RISERVA DI LEGGE E BILANCIAMENTO DEI DIRITTI\*.

di Tiziana Locatelli\*\*

**Sommario.** 1. Premessa. – 2. Linguaggio giuridico ed esegesi: un'interpretazione orientata al sistema valoriale umano. – 3. Tra il detto ed il dissimulato. – 4. La *ratio* della norma. – 5. La garanzia formale. – 5.1 Il falso esonero della *profilassi internazionale*. – 5.2 L'elusione della riserva di legge. – 6. Il principio di ragionevolezza. – 6.1 Necessarietà. – 6.2 Idoneità. – 6.3. Gradualità e plausibilità degli effetti. – 7. Lo spazio interstiziale della libera scelta: tra dovere di solidarietà ed autodeterminazione. – 8. Nel rispetto della persona umana.

1

## 1. Premessa.

Il dibattito europeo è da mesi abitato dal tema della certificazione verde COVID-19, quale misura proposta dalla Commissione Europea, adottata con il regolamento n. 953/2021 e mutuata a diverse finalità<sup>1</sup> nel territorio italiano con il d.l. n. 52/2021. Il cosiddetto *pass-verde* è entrato in vigore in Italia silenziosamente per subordinare al suo possesso la libertà di circolazione tra le regioni italiane connotate da un indice di contagi medio ed elevato ovvero tra le cosiddette zone rosse ed arancioni. Attualmente, con il susseguirsi frenetico di decreti-legge si assiste ad una modificazione continua sia della definizione che dell'applicazione di tale misura; con l'adozione del d.l. n. 172/2021 addirittura lo strumento della certificazione verde COVID-19 sulla base di una differenziazione interna si articola nel cosiddetto *green pass rafforzato* che condiziona in toto l'attività del singolo<sup>2</sup>.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Cultrice della Materia in Istituzioni di diritto pubblico – Unidolomiti di Belluno/SSML Istituto ad Ordinamento universitario “San Domenico” di Roma.

<sup>1</sup> Sulle differenze tra *Green pass* europeo e certificazione verde COVID-19 italiana si veda Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale di disapplicazione del cd decreto green pass*, in [www.generazionifuture.org](http://www.generazionifuture.org), p. 6 ss.

<sup>2</sup> In particolare, nell'art. 6, d.l. n. 172/2021 si fa riferimento indistintamente «allo svolgimento delle attività e la fruizione dei servizi per i quali in zona gialla sono previsti limitazioni».

Senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, il presente contributo si propone di tracciare le linee essenziali con cui poter offrire una rappresentazione del fenomeno certificazione verde COVID-19, dalle quali poter sviluppare ulteriori considerazioni; si tratta di una tematica non di facile risoluzione che coinvolge istituti e principi posti alla base della forma dello stato democratico.

Prima di addentrarsi, esplorando nel dettaglio il vettore giuridico, la *ratio*, le connotazioni economiche e gli effetti della certificazione verde COVID-19 è necessario delineare gli elementi entro cui l'analisi si sviluppa. La questione relativa alla legittimità di tale strumento, la cui esistenza è supportata da una pretesa necessità di biosicurezza, postula una riflessione di carattere epistemologico che abbia ad oggetto prima ancora che l'odierna Costituzione, lo strumento giuridico ed il suo corretto utilizzo all'interno di un contesto democratico.

## 2. Linguaggio giuridico ed esegesi: un'interpretazione orientata al sistema valoriale umano.

Il riferimento all'art. 12, c. 1, Preleggi è una tappa obbligata per poter recuperare criteri guida chiari ed univoci che consentano la comprensione della disciplina esaminata.

Tralasciando i continui dibattiti sulla vincolatività o meno<sup>3</sup> della disposizione richiamata e le successive interpretazioni "evolutive"<sup>4</sup> atte a orientare costituzionalmente i criteri indicati nella norma, il contenuto del primo comma può fornire degli strumenti validi in grado di porre i presupposti condivisibili per una riflessione razionale a tutto tondo sulla disciplina, non solo limitata all'ambito della mera applicazione.

Due criteri d'interpretazione emergono dalla lettura dell'art. 12, c. 12, Preleggi: il dato letterale ed il dato logico (quest'ultimo riferibile alla coerenza con l'intento del legislatore

<sup>3</sup> Sulla rilevanza ed il valore precettivo dell'art. 12, Preleggi ancora ampio è il dibattito dottrinale. La sua vincolatività è sostenuta da R. Sacco, *L'interpretazione*, in G. Alpa, G.P. Monateri, G. Pascuzzi e R. Sacco (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, vol. II, Torino, 1999, p. 266 ss.; mentre tra coloro che dichiarano "l'inutilità" giuridica di tali disposizioni vi sono N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 127 ss. e G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 307 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. Costanzo, *Metodologia dei metodi e metodologia dei risultati. Per una riforma dell'art. 12 delle preleggi al Codice civile*, in *Giustiziainsieme.it*, 1° settembre 2021.

ovvero alla cosiddetta *ratio*)<sup>5</sup>; essi costituiscono i fattori essenziali per determinarne la comprensione ed il significato della norma medesima.

Il primo indicatore ovvero *il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* rinvia ad un elemento fondante del diritto: il linguaggio. La redazione di una previsione normativa e la sua successiva interpretazione, non possono prescindere dal riconoscimento di una chiara evidenza: la subordinazione<sup>6</sup> del diritto al linguaggio. Come sostiene Gaetano Silvestri “la norma non esiste indipendentemente dalla proposizione che la descrive” cioè dalla sua “formulazione linguistica”<sup>7</sup> definibile come il codice basilare che permette l’intesa e la comunicazione tra i soggetti.

La parola è quanto garantisce al diritto l’assunzione di una forma, ma è altresì quanto potrebbe garantirne la sostanza<sup>8</sup> se si accoglie senza travisare la sua principale funzione: il riconoscimento del reale e non la sua creazione. Il nome non genera l’evento, lo chiude, lo definisce ponendolo in relazione con altrettanti universi di nomi, pertanto, il significato delle parole deve rispecchiare ed essere coerente con il dato reale. Il presupposto del riconoscimento di quanto naturalmente autoevidente<sup>9</sup> permette la comunicabilità e la condivisione tra gli esseri umani, in assenza di quest’atteggiamento di accoglienza di quanto già c’è la fiducia nel segno *parola* si indebolisce e la lingua diviene un involucro da riempire a seconda della convenienza e del mutamento degli umori sociali. Ciò vale di conseguenza anche per la norma giuridica che solo se costituita con linguaggio *ordinante*

<sup>5</sup> Secondo A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, p. 50, il riferimento all’intenzione del legislatore nell’art. 12, Preleggi si riferisce alla *ratio* della norma, elemento che si contraddistingue dal cosiddetto “criterio logico” che integra gli strumenti basilari della logica volti alla comprensione esatta di quel significato attraverso l’*argumentum a contrario*, l’*argumentum a simili*, l’*argumentum a fortiori* e l’*argumentum ad absurdum*.

<sup>6</sup> Dalle affermazioni di N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, si può dedurre non solo il nesso di interdipendenza tra linguaggio e norma, ma la dipendenza di quest’ultimo, in quanto secondo il pensiero dell’autore è il linguaggio ordinante che dona forma regolativa alla norma e la rende “giuridica”. Al contrario F. Sabatini, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D’Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Padova, 1990, p. 675, sembrerebbe inscrivere i due elementi all’interno di un rapporto paritario in quanto la lingua e il diritto sono “istituti primari, nati dalla convenzione sociale e che permettono il sussistere della società”.

<sup>7</sup> La citazione è mutuata dall’intervento di F. Sabatini, *Il linguaggio giuridico come uso prototipico della lingua*, in AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno del progetto di ricerca e formazione*, Senato della Repubblica, 2017, p. 114.

<sup>8</sup> Sul punto si riprende il pensiero di N. Irti così come analizzato da F. Giunta, *L’abito fa il monaco (se è il monaco ad indossarlo)*, in *Rivista penale*, n. 1/2021.

<sup>9</sup> Esplicito è il riferimento al Giusnaturalismo che riconosce l’esigenza dell’interprete di fondare le proprie argomentazioni giuridiche su “premesse certe ed autoevidenti (cioè vere)” determinate dalla stessa natura dell’uomo. Sul punto si vedano le premesse generali di J. Maritain, *I diritti dell’uomo e la legge naturale*, Milano, 1991, p. 54 ss.

può ottenere l'affidamento necessario da parte della collettività e la contestuale e consapevole adesione ai principi in essa contenuti, proprio perché riferibili alla naturalità degli esseri e degli eventi<sup>10</sup>.

Quando il fondamento muta e si verifica una distonia tra quanto percepito nel reale, convenzionalmente atteso e riconosciuto, da quanto giuridicamente costruito *ex novo* la legittimazione democratica si affievolisce ed al soggetto non è chiesto di comprendere e aderire, ma semplicemente di obbedire. L'attinenza del linguaggio giuridico al dato naturale universale intrinsecamente riconoscibile e condiviso<sup>11</sup> è una garanzia, atta almeno potenzialmente, ad attuare *la sovranità che appartiene al popolo*. Ecco che, la prevalenza<sup>12</sup> dell'interpretazione letteraria posta dall'art. 12, Preleggi, che precede le sottostanti modalità di ricerca e di comprensione della norma, esprime un principio non più scontato ovvero che i significati non sono nella disponibilità dell'arbitrio del legislatore e dell'interprete, ma rimangono vincolati a quanto atteso e visto dall'uomo come riconoscimento reale di quanto naturalmente c'è e accade<sup>13</sup>.

All'interno di tale premessa si introduce il secondo parametro individuato dall'art. 12, Preleggi ovvero *l'intenzione del legislatore*. Quest'ultimo concetto rimanda non tanto ai concreti propositi soggettivi di un legislatore, bensì alla funzione che la norma persegue come strumento di disciplina della vita associata, la c.d. *ratio legis* (che identifica il criterio di interpretazione teleologico). Si tratta dunque di indagare la finalità obiettiva della norma,

---

<sup>10</sup> Cfr. J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 57, secondo cui "è sufficiente credere alla natura umana e alla libertà dell'essere umano per essere persuasi che vi è una legge non scritta, per sapere che il diritto naturale è qualche cosa di reale nell'ordinamento morale così come le leggi di crescita e di invecchiamento nell'ordine fisico".

<sup>11</sup> Ciò che rende possibile e non ideale la presenza di un dato universale riconoscibile e condiviso è la stessa condizione umana. "L'uomo è una creatura effimera. Appartiene all'ordine del mondo, ma è capace di conoscere la legge che l'organizza" (J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000, p. 21). Il riconoscimento dello slancio umano verso ciò che è bello, armonioso e felice pone l'uomo nella condizione di continua ricerca per ritrovare l'unità primordiale ed è nel suo impegno con la vita che può trovare le regole da applicare nel quotidiano che rispettino e non lo distolgano dal suo desiderio ultimo di unità, condizione imprescindibile ed universale.

<sup>12</sup> Con tale termine si suole semplicemente riferirsi al vincolo posto ovvero che l'interprete non possa "riempire" le parole di significato a seconda della propria valutazione arbitraria. Sul punto si veda M. Ruotolo, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in AA.VV., *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra. Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. II, Milano, 2012, p. 1297 ss. e la riflessione di A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Interpretazioni e diritto giurisprudenziale. Classi sociali e nuove forme della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017.

<sup>13</sup> Con tali osservazioni si vuole solo sottolineare la strumentalità del segno, quale mezzo di espressione delle cose del mondo e della condizione umana, ciò difatti non solo permette la comunicabilità formale tra gli esseri ma anche quella sostanziale.

alla luce della materia regolata e dei risultati perseguiti.

Riferirsi agli obiettivi posti dalla disposizione significa effettuare un'operazione di verifica logica intrinseca alla norma stessa ed estrinseca nei confronti dell'intero ordinamento<sup>14</sup>. Si ribadisce, come tale scrutinio, che dovrebbe interessare l'esercizio di tutti i tre Poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario), deve inserirsi all'interno di un *ordine* come sopra delineato che accetti la strumentalità del diritto all'io profondo<sup>15</sup> e rifugga la deriva di un ordinamento giuridico autopoietico<sup>16</sup>.

Sulla base di tale presupposti e con gli strumenti delineati è possibile incamminarsi nel coacervo di provvedimenti che attengono alla disciplina della certificazione verde COVID-19 all'interno dell'ordinamento italiano.

### 3. Tra il detto ed il dissimulato.

La definizione della certificazione verde COVID-19 è contenuta nell'art. 9 d.l. n. 52/2021 convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, che la identifica come la «certificazione comprovante lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare, quest'ultimo anche su campione salivare e nel rispetto dei criteri stabiliti con circolare del Ministero della Salute, con esito negativo al virus SARS-CoV-2». Grazie alla stessa definizione si possono individuare le condizioni alternative a cui è subordinata il rilascio della certificazione verde COVID-19, ovvero *i)* l'avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2; *ii)* l'avvenuta guarigione dal Covid-19; *iii)* l'effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare con esito negativo; *iv)* l'avvenuta guarigione dopo

<sup>14</sup> Cfr. F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 6.

<sup>15</sup> Il termine, ripreso dal pensiero di Bergson è inteso nella sua accezione ontologica e non psicologica, quale parte dell'essere distinto dagli abiti della vita sociale in generale. Per approfondimenti v. M. Bellini, *Nota su Bergson di Alfredo Civita*, in *Materiali di estetica*, n. 5.1/2018, p. 6 ss.

<sup>16</sup> Si vuole pertanto evitare quanto descritto da P. Bordieu, *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, 2017, p. 17 ss., per cui le norme "neutre ed universali" in realtà svelano le lotte tra i vari agenti al fine di produrre e di imporre principi di visione del mondo. "La norma difatti partecipa alla produzione della realtà sociale, perché in primo luogo vi attribuisce legittimità (la definisce, la nomina, la autorizza) e il giurista appare come l'agente autorizzato che contribuisce più direttamente alla produzione del mondo sociale".



la somministrazione della prima dose di vaccino o al termine del presente ciclo<sup>17</sup>. Si tratta dunque di un documento che accerta la condizione sanitaria del soggetto nel caso in cui abbia contratto l'infezione SARS-CoV-2 nei sei mesi antecedenti o la sottoposizione ad un trattamento sanitario quale la vaccinazione od il test molecolare o antigenico rapido. L'adozione del d.l. n. 172/2021, ha reso di fatto apparente ed incompleta la definizione data alla certificazione verde, introducendo una differenziazione interna che offre *privilegi* e maggiori *facoltà* ai soggetti che hanno ottenuto la certificazione verde COVID-19 a seguito di guarigione o vaccinazione, limitando i diritti degli altri soggetti che, liberamente, non effettuano nessuno dei trattamenti sanitari previsti. Si può notare difatti come a livello formale la definizione non ha subito modifiche, ma a livello sostanziale la parola *certificazione verde COVID-19* ora inerisce a due categorie di strumenti: uno ritenuto ingiustificatamente<sup>18</sup> *rafforzato* e di conseguenza migliore rispetto alla categoria residua della certificazione posseduta da soggetti che liberamente si sottopongono a test antigenico rapido o molecolare.

La rilevanza giuridica e l'effettività di tale strumento, che già sul piano del significato genera dubbi, si esplica nel campo di applicazione che la disciplina ha individuato. Il d.l. n. 52/2021 ha introdotto la certificazione verde COVID-19, secondo parte della dottrina in forza della proposta della Commissione UE del 17 marzo 2021<sup>19</sup>, per *consentire*, in assenza di una specifica motivazione, gli spostamenti in entrata ed in uscita dei territori collocati o

<sup>17</sup> La presenza di una di queste condizioni non solo garantisce il possesso della certificazione verde COVID-19, ma altresì ne determina la differente validità temporale: nove mesi dal completamento del ciclo vaccinale (art. 9, c. 3, d.l. n. 52/2021); sei mesi dall'avvenuta guarigione dall'infezione (art. 9, c. 4, d.l. n. 52/2021), in assenza dalla somministrazione del vaccino; settantadue ore dall'esecuzione del test molecolare e quarantotto ore dall'esecuzione del test antigenico rapido Art. 9, c. 5, d.l. n. 52/2021) e nove mesi nel caso di guarigione dopo la prima somministrazione di vaccino o al termine del ciclo completo (art. 9, c. 4-bis, d.l. n. 52/2021).

<sup>18</sup> Si noti che il d.l. n. 172/2021 non pone ragioni e motivi specifici inerenti all'introduzione della c.d. certificazione verde *rafforzata*, né fa riferimento a particolari dati o risultanze scientifiche, semplicemente giustifica la misura con le seguenti affermazioni: «ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di adeguare le previsioni sul rilascio e sulla durata delle certificazioni verdi COVID-19. Ritenuta altresì la straordinaria necessità ed urgenza di integrare il quadro delle misure vigenti di contenimento del predetto virus anche in occasione delle prossime festività, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica».

<sup>19</sup> Cfr. C. Bertolino, *Certificato verde Covid-19 tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n.15/2021, p. 1 ss.; e sulle relative censure e differenze tra Certificato verde COVID-19 italiano e *Green Pass Europeo Osservatorio per la legalità costituzionale*, *Sul dovere costituzionale di disapplicazione del cd decreto green pass*, in *generazionifuture.org*, p. 6 ss.; in particolare lo studio pone in evidenza la discontinuità tra la normativa europea e quella italiana e la possibile violazione dell'ordinamento giuridico europeo. Nonostante si ritengono le censure mosse nell'articolo fondate, è utile ricordare che la certificazione verde COVID-19 in Italia non è frutto del recepimento di una normativa europea difatti il decreto-legge ivi analizzato, disciplinando l'utilizzo della certificazione all'interno dello stato, attiene ad una materia di competenza esclusiva nazionale.

in zona rossa o in zona arancione. La sua incidenza sulla vita dei soggetti, data la situazione di miglioramento dei contagi e l'assenza di zone rosse ed arancioni sul territorio italiano, è stata marginale fino al 6 agosto 2021, data in cui, con d.l. n. 105/2021, l'applicazione della certificazione verde COVID-19 è stata estesa per l'accesso ad attività di tipo ludico, sociale e culturale quali ad esempio: per l'accesso ai musei, ristoranti, convegni, sagre, fiere e concorsi pubblici<sup>20</sup>. Il 6 agosto 2021, è stato introdotto, con d.l. n. 111/2021, l'art. 9 *ter* al già menzionato d.l. n. 52/2021 con cui è stato fatto obbligo per tutto il personale scolastico e gli studenti universitari di possedere ed esibire la certificazione verde COVID-19. Il campo di applicazione si è velocemente espanso con il d.l. n. 122/2021<sup>21</sup> ed il d.l. 127/2021<sup>22</sup> che ha esteso l'obbligo di possedere ed esibire la certificazione verde COVID-19 ai fini dell'accesso al luogo in cui il soggetto svolge la propria attività lavorativa, di formazione o di volontariato. A ciò si aggiungono le ulteriori limitazioni imposte con l'art. 6 d.l. n. 172/2021, non ancora convertito, secondo cui, è consentito solo ai soggetti muniti di certificazione verde COVID-19 ottenuta a seguito di vaccinazione o di guarigione svolgere le normali attività e funzioni concesse nella zona bianca, mentre ai restanti soggetti è preclusa tale possibilità, in quanto soggiacciono alle restrizioni imposte e previste per la zona gialla<sup>23</sup>, ed ancora ai sensi dell'art. 5 del predetto decreto in zona gialla ed arancione la fruizione dei servizi, lo svolgimento delle attività e gli spostamenti che sarebbero limitati o sospesi, sono consentiti per i possessori della certificazione verde COVID-19 *rafforzata*.

Attualmente, dunque, l'impiego della certificazione verde COVID-19 non solo interessa tutti gli ambiti della vita sociale di un individuo ponendo una preconditione al suo esercizio, ma differenzia i soggetti in diverse categorie di libertà. Gli interessi personali, i passatempi, la formazione e l'attività lavorativa del soggetto sono subordinati ad un requisito estrinseco, indipendente dalle caratteristiche peculiari del singolo e dal suo comportamento; un requisito che connota di *possibilità e liceità* qualsiasi attività svolta dal singolo.

Il dato letterale della norma non dà adito a dubbi: le espressioni utilizzate dal legislatore per introdurre ed estendere la certificazione verde COVID-19 sono evidenti riverberi del

<sup>20</sup> V. art. 9-bis, d.l. n. 52/2021.

<sup>21</sup> Si specifica che il d.l. n. 122/2021 ha inserito l'art. 9-*quater* al d.l. n. 52/2021.

<sup>22</sup> Si noti che il d.l. n. 127/2021 ha inserito l'art. 9-*quinquies*-*sexies*-*septies*- al d.l. n. 52/2021.

<sup>23</sup> V. d.P.C.M. 2 marzo 2021.

repentino ribaltamento del sistema di valori determinato dalla situazione pandemica<sup>24</sup>. Frequente è l'utilizzo del verbo "consentire"<sup>25</sup>, termine che svela il mutamento di paradigma per cui la situazione originaria è una non-libertà<sup>26</sup> che deve essere oggetto di concessioni<sup>27</sup>. Le ultime norme introdotte si inseriscono su uno sfondo di eccezionalità, che rende la stessa disciplina, in quanto espressione di un Potere autoritario, capace di creare spazi di libertà e diritti per il soggetto. L'attività sociale<sup>28</sup> pertanto non risulta lecita in sé, ma solo qualora il requisito del possesso della certificazione verde sia soddisfatto, tanto che in caso di accesso ai luoghi utili ai fini dello svolgimento delle attività in assenza della certificazione verde COVID-19 è irrogata una sanzione amministrativa<sup>29</sup>.

La certificazione verde COVID-19 si traduce dunque in un obbligo imposto al soggetto di sottoporsi ad un trattamento sanitario potenzialmente idoneo ad attestare l'assenza di pericolosità sociale con riferimento alla patologia SARS- CoV-2.

<sup>24</sup> Sul punto si veda V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni e (parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 885; il quale deduce che "Osservando l'intero sistema normativo emergenziale appare poco contestabile la progressiva trasfigurazione della forma ordinaria dello Stato costituzionale di diritto nel modello del Präventionsstaat, la cui logica funzionale è senz'altro antitetica e contrapposta rispetto a quello dello Stato costituzionale di diritto"; nello stesso senso anche A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza COVID-19 tra diritti fondamentali e stato d'eccezione*, in *Forum Quad. Cost. Rassegna*, n. 1/2020, p. 495 ss., che descrive chiaramente quel che sta avvenendo come "un tentativo di nascondimento semantico dell'avvenuta ipostatizzazione dello stato di eccezione su suolo italiano, nel cuore montante di una crisi sanitaria, e a breve economico-sociale, di cui non sembra vedersi la fine. Eppure, che vi sia stato di eccezione è dato che a me non sembra revocabile in dubbio; l'eccezione è ciclico rivolgimento che tende al proprio auto-consolidamento, anche, mediante rituali di mobilitazione".

<sup>25</sup> Il verbo è utilizzato nell'art. 2 «gli spostamenti in entrata ed in uscita [...] sono consentiti», nell'art. 9-bis e nell'art. 9-quater, d.l. n. 52/2021. Le successive disposizioni (art. 9 ter.1, ter.2, quinquies, sexies e septies) presentano invece la seguente espressione «è fatto obbligo di possedere ed esibire» o «deve possedere».

<sup>26</sup> Cfr. D. Trabucco, *Il principio di legalità formale e sostanziale*, in M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *COVID-19 vs democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020, p. 23.

<sup>27</sup> Sul punto il paragone è immediato con le costituzioni ottriate, concesse per benevolenza del sovrano, "non definibili come costituzione costituente in quanto non è la costituzione di carta a dare al sovrano la sua legittimità e i poteri di riserva" (L. Lacchè, *Le carte ottriate. La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa postrivoluzionaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 18/2009, p. 237). Il medesimo meccanismo, anche se lontanamente può vedersi ritratto nella normativa eccezionale in cui è l'eccezione (lo stato di emergenza) la nuova forma di legittimazione del potere e non la Costituzione; di conseguenza il diritto non pone solo i confini a quanto illecito di per sé, ma determina quanto è lecito in riferimento alla nuova fonte di legittimazione.

<sup>28</sup> L'espressione include tutte le attività il cui esercizio è condizionato dal possesso e l'esibizione della certificazione verde COVID-19.

<sup>29</sup> Sono applicabili in linea generale le sanzioni amministrative previste ai sensi dell'articolo 4, cc. 1 e 5, del d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 35/2020. Resta fermo quanto previsto dall'art. 2, c. 2-bis, d.l. n. 33/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 74/2020 a cui si aggiungono le relative differenziazioni inserite dal legislatore avendo a riguardo la specifica violazione. Un esempio è l'art. 13 in cui si dispone in caso di violazione reiterata la chiusura dell'attività da uno a dieci giorni; oppure nel caso di accesso da parte del dipendente di un'impresa privata sprovvisto di certificazione verde COVID-19 ai sensi dell'art. 9-septies, c. 8, la sanzione pecuniaria è aumentata da euro 600 a euro 1.500.

Tralasciando l'ipotesi di guarigione che deriva da fatti naturali indipendenti dalla volontà umana, le ulteriori condizioni di rilascio della certificazione verde COVID-19 implicano un atto volontario del soggetto, ovvero quello di sottoporsi ad un trattamento sanitario<sup>30</sup> quale la vaccinazione o il test antigenico o molecolare. Tutto ciò è stato inasprito dalla previsione della certificazione verde *rafforzata* che determina, ormai un'esplicita obbligazione vaccinale, essendo concessa solo a seguito di assoggettamento al trattamento vaccinale o di guarigione dall'infezione. Pur in assenza di un obbligo generalizzato di sottoporsi alla vaccinazione anti-SARS-COV-2 (o in alternativa all'esecuzione periodica di test molecolari o antigenici), le disposizioni del d.l. n. 52/2021, estendendo l'obbligatorietà di tale strumento per lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa e sociale rendono, di fatto, l'atto del possesso della certificazione verde COVID-19 ovvero della sottoposizione a uno dei trattamenti necessari per il suo conseguimento da volontario a obbligatorio.

#### 4. La *ratio* della norma.

Per l'ordinata esposizione dei contenuti occorre procedere all'individuazione dei *fini* della norma di legge sopra descritta di modo da poter delineare chiaramente il quadro degli interessi coinvolti ed effettuare le conseguenti valutazioni, in relazione a quanto abbiamo stabilito essere il dato logico di coerenza.

La certificazione verde COVID-19 si pone all'interno del contesto emergenziale dichiarato dal Governo, come ulteriore misura di contenimento utile alla diffusione del virus SARS-CoV-2. La sua funzionalità si deve pertanto parametrare con riguardo «all'attuale contesto

---

<sup>30</sup> Non pare fuori luogo identificare sia la profilassi vaccinale sia l'esame diagnostico test molecolare o antigenico rapido quale trattamento sanitario. In merito, "la dottrina costituzionalistica ha adottato un'interpretazione lata del concetto di 'trattamento sanitario', comprendendo in tale concetto sia gli accertamenti sanitari (definibili come quelle attività a carattere diagnostico che costituiscono il momento preliminare conoscitivo finalizzato alla formulazione di una diagnosi e/o all'individuazione di un'idonea terapia), sia i trattamenti sanitari in senso stretto (definibili come gli atti, diversi dagli accertamenti sanitari, che l'esercente una professione sanitaria compie su una persona allo scopo di tutelarne direttamente la salute". (A. Negroni, *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p.14). Tale affermazione riceve supporto anche dall'art. 1 della l. n. 219/2017 nella parte in cui si prevede il consenso informato per tutti i trattamenti sanitari inclusi gli accertamenti diagnostici. Si veda anche Corte cost., sentenza n. 218/1994.

di rischio»<sup>31</sup> che secondo quanto statuito dagli organi che hanno adottato l'atto, impone la «prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività». In particolare, gli artt. 9-ter, 9-ter.1, 9-ter.2, 9-quinquies, 9-sexies e 9-septies enunciano espressamente la finalità della norma introdotta, che è dichiarata nelle seguenti parole: «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza» ed «al fine di prevenire la diffusione dell'infezione da SARS- CoV-2». Tale determinazione, seppur generica e poco delineata consente di qualificare la certificazione verde COVID-19 come una misura di profilassi indiretta volta a prevenire la presenza di soggetti potenzialmente contagiosi all'interno dei luoghi in cui si applica la misura stessa.

Si ben comprende che la ragione della disciplina in esame, attiene ad una sicurezza collettiva e materiale<sup>32</sup> posta come tutela della salute pubblica. Il concetto di sicurezza evocato a fondamento di tutta la normativa “d'eccezione”<sup>33</sup> durante la pandemia per essere conforme all'assetto liberal democratico designato dalla Costituzione Italiana deve essere effettivamente posto a tutela dei diritti; nella concezione liberale classica difatti compito dello Stato è proprio quello di garantire il pieno godimento dei diritti dei singoli individui, al riparo da possibili interferenze esterne<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> L'espressione riprende il capoverso dodicesimo delle premesse al d.l. n. 127/2021 che letteralmente si riporta: «Considerato che l'attuale contesto di rischio impone la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario ed urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività».

<sup>32</sup> Gli aggettivi riprendono la differenziazione effettuata da T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, p. 275 ss., secondo cui le diverse prospettive della sicurezza si riassumono nelle seguenti direttive: “a) sicurezza esterna – sicurezza interna, con particolare riferimento ai differenti problemi connessi alla tutela dalle aggressioni e dai pericoli esterni al gruppo sociale, oppure in relazione ai fattori di rischio endogeni ad una determinata collettività organizzata (differenti, in questo senso, appaiono non solo i problemi, ma anche le soluzioni e gli strumenti tradizionalmente individuati); b) sicurezza individuale (o sicurezza da) – sicurezza collettiva (o sicurezza di), si riferisce alla valorizzazione non solo della dimensione di tutela dei diritti fondamentali garantiti da un determinato ordinamento giuridico, ma anche dei profili connessi all'individuazione di limitazioni all'agere dei singoli individui, in connessione con la tutela di altre situazioni giuridiche soggettive o in relazione all'adempimento di specifiche prestazioni (pubbliche, ma non solo) a favore della collettività di riferimento; c) sicurezza materiale – sicurezza ideale, in relazione alla tradizionale questione attinente la categoria dell'ordine pubblico, e alla duplice accezione che può esservi ricondotta: tutela da forme violente di aggressione ai beni giuridici, oppure garanzia dell'insieme dei principi e dei valori fondanti caratteristici di un determinato ordinamento giuridico”.

<sup>33</sup> Si veda sulla sua legittimità V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni e (parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 885;

<sup>34</sup> Nel medesimo senso M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Astrid Rassegna*, 4 giugno 2009, p. 3 ss. sostiene che “al volto ‘repressivo’ della sicurezza si affianca una sembianza ‘promozionale’, che trova traduzioni importanti nelle Costituzioni contemporanee, nel segno della rimozione degli ostacoli che si frappongono all'effettivo godimento dei diritti. Ad assumere rilievo primario dovrebbe essere più che il ‘diritto alla sicurezza’ ‘la sicurezza dei diritti’, fondamento di una politica informata alla realizzazione della

Con riguardo a ciò, sembrerebbe che la concezione ideale di sicurezza preposta dalla Costituzione sia rispettata dalle restrizioni introdotte in quanto volte «alla graduale ripresa delle attività economiche e sociali, nel rispetto della diffusione dell'epidemia da Covid-19»<sup>35</sup>. Tuttavia, l'operazione effettuata si instaura in una logica controversa che richiede cautele ed accorgimenti che non paiono sempre essere stati adottati. La misura della certificazione verde COVID-19, stando al dato letterale, viene introdotta come restrizione necessaria per la riconquista e la ripresa del graduale godimento di una condizione intrinseca alla natura umana «la socialità»<sup>36</sup> così come riconosciuta dalla Cost. negli artt. 2 e 3<sup>37</sup>. Il porre una condizione generalizzata a ciò configura un rischio di notevole incidenza sul piano sia antropologico che politico e di conseguenza anche giuridico, ovvero la lettura dell'individuo e della collettività in funzione dello stato, senza del quale il soggetto non è, né ha garanzie. Per evitare tale pericolo concretizzabile nell'«anticamera dello stato totalitario»<sup>38</sup>, le cosiddette clausole generali quali la sicurezza, la salute pubblica, l'interesse generale ed il benessere economico devono porsi a legittimazione delle misure che siano rispettose del contenuto essenziale dei diritti<sup>39</sup> la cui garanzia è posta sia dal dato formale che dal criterio di ragionevolezza.

---

libertà dal bisogno, non più limitata alla protezione ma proiettata anche verso la promozione delle situazioni giuridiche soggettive affermate nelle Carte costituzionali».

<sup>35</sup> V. undicesimo capoverso delle premesse al d.l. n. 52/2021, per cui «ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus, prevedendo la graduale ripresa delle attività economiche e sociali, nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19»; le medesime premesse si ritrovano anche nel d.l. n. 172/2021.

<sup>36</sup> Il termine si riferisce a qualsiasi situazione subordinata al possesso della certificazione in quanto ipoteticamente delineate come situazioni di pericolosità per la diffusione del contagio.

<sup>37</sup> In merito si veda Corte cost., sentenza n. 75/1992 per cui «l'originaria connotazione dell'uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico».

<sup>38</sup> Secondo quanto esposto da T.F. Giupponi, op. ult. cit., p. 279, lo stato totalitario si caratterizza per un «utilizzo ampio e pervasivo della sicurezza e dell'ordine pubblico in ogni sua dimensione: esterna, interna, materiale e (in modo particolare) ideale. Parlare di diritti tutelati, in questo contesto, è del tutto privo di significato, laddove l'individuo e le sue pretese vengono connessi ad una concezione totale dello Stato, senza il quale non c'è individuo e non c'è garanzia delle sue pretese (sulla base, si potrebbe dire, di una sostanziale funzionalizzazione dei diritti alle finalità dello Stato, una sorta di ipostatizzazione della sicurezza di)».

<sup>39</sup> Per la loro definizione ed interpretazione si ritengono applicabili i criteri, così come esposti, dell'art. 12, Preleggi utili ad ancorare l'intero ordinamento ad un'interpretazione dei significati conforme alla natura umana ed alla sua realizzazione. Nel medesimo senso si richiama F. Scalia; *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 32/2021, p. 192 ss.

## 5. La garanzia formale.

Sul piano del diritto positivo, come noto, sono previste ipotesi di limitazione tassativa della sfera personale del soggetto da parte della pubblica autorità; esse sono circondate da garanzie non solo procedurali, ma di natura sostanziale, tra le quali rientra la riserva di legge assoluta.

L'art. 32, c. 2, Cost. disponendo che «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» inserisce una riserva di legge assoluta, che, come tale, esclude l'intervento di qualsiasi fonte diversa dalla legge in senso stretto<sup>40</sup>. È pacifico, come già dedotto, che le disposizioni inerenti al d.l. n. 52/2021, che introducono la certificazione verde COVID-19 al fine di svolgere attività quotidiane e necessarie per la realizzazione dei bisogni primari, impongano al soggetto di sottoporsi a dei trattamenti ai quali *ex se* non sarebbe tenuto non essendovi obbligato da una disposizione esplicita sul punto. La riserva di legge assoluta difatti impone che l'obbligo di sottoporsi a dei trattamenti sanitari non solo non può essere introdotto da provvedimento di carattere secondario o regionale, ma nemmeno da provvedimenti di rango primario che lo disciplinano in maniera obliqua e indiretta, tramite un'introduzione surrettizia e non reale<sup>41</sup>.

### 5.1. Il falso esonero della *profilassi internazionale*.

La riserva di legge disposta dall'art. 32 Cost. ai fini dell'introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio appare anche nel caso di specie inderogabile. L'imprevedibilità che determina una condizione di emergenza anche sanitaria rappresenta un elemento caratterizzante fatti, situazioni, circostanze da inscrivere all'interno dell'ordinamento designato dalla Costituzione; il fatto diviene giuridico quando è riconosciuto come tale ed

---

<sup>40</sup> Con *legge formale* si indica, come è noto, la legge ordinaria dello Stato, ossia gli atti legislativi del Parlamento. Cfr. A. Negroni, *Decreto-legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 26 maggio 2017, p. 1.

<sup>41</sup> Cfr. A.R. Vitale, *Dal Green Pass delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici: elementi per una riflessione*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 settembre 2021.



acquista una posizione all'interno dell'assetto ordinamentale pre-esistente infatti nemmeno la drammaticità delle circostanze può essere genericamente dotata di un'intrinseca normatività tale da legittimare la deformazione dello strumento giuridico. L'allontanamento dalla forma, come indicata dalla Costituzione postula l'affermazione di una tacita modifica dell'assetto liberal democratico in contrasto con l'art. 138 Cost<sup>42</sup>. Ecco che, nemmeno l'asserita legittimazione di tutta la normativa emergenziale fin qui adottata, ad opera della pronuncia n. 37/2021 della Corte Costituzionale<sup>43</sup> appare idonea a giustificare la deroga agli adempimenti formali e procedurali imposti dalla Costituzione. In particolare, l'ampia motivazione della sentenza n. 37/2021 afferma senza esitazione che gli interventi volti ad affrontare un'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale ricadono nell'ambito della «profilassi internazionale»: materia che l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. assegna in via esclusiva alla legislazione statale e che deve ritenersi «comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»<sup>44</sup>. Come è noto, il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della sanità, Agenzia delle Nazioni Unite<sup>45</sup>, emanava una dichiarazione indirizzata a tutti i Paesi membri dell'Agenzia con la quale veniva dichiarato che il focolaio internazionale di Covid-19 fosse un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, ai sensi del Regolamento sanitario internazionale del 2005. Seguiva la dichiarazione del Direttore generale del 11 marzo 2020 con la quale il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 veniva «considerato una pandemia». Sulla base di tale presupposto la Consulta sembra esaminare tutta la normativa emergenziale emanata dallo Stato nascondendola nella corazza della «profilassi internazionale». Discostandosi difatti dalle pronunce precedenti<sup>46</sup> considera la materia della «profilassi internazionale» come

<sup>42</sup> Cfr D. Trabucco, *Il principio di legalità formale e sostanziale*, in *COVID-19 vs democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 22.

<sup>43</sup> Da notare che la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è la prima sentenza in tema di pandemia umana perché la precedente giurisprudenza aveva esaminato fattispecie aventi ad oggetto la profilassi internazionale di pandemie animali. (Cfr. F. Bocchini, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, n. 2/2021, p. 9).

<sup>44</sup> Si veda Corte cost., sentenza n. 37/2021, §7.

<sup>45</sup> L'Organizzazione Mondiale della Sanità è stata istituita con il Trattato stipulato a New York nel 1946 ed entrato in vigore il 7 aprile 1948.

<sup>46</sup> La dottrina in commento alla sentenza della Consulta n. 37/2021 rileva una discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali; in particolare si veda A. Poggi e G. Sobrino, *La Corte di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*. (nota a Corte Cost. sentenza n. 37/2021), in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, p. 231; e F. Bocchini, op. ult. cit., p. 16, che individua quale «unico profilo di continuità con la precedente giurisprudenza



vera e propria materia-oggetto, dotata di un suo perimetro contenutistico «che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina» e dunque anche le attività finalizzate a tutelare la salute, propedeutiche a questo scopo, anche di carattere diagnostico e d'indagine<sup>47</sup>. Nell'adempimento di tale profilassi, dettata da raccomandazioni volte alla tutela della salute globale rientrerebbero dunque anche i trattamenti sanitari ivi discussi. Tuttavia, ciò non esime il legislatore dal rispetto delle garanzie formali statuite a garanzia dell'assetto pluralistico democratico; infatti anche se lo stato di emergenza allude in principio ad eventi e situazioni straordinarie di carattere internazionale che esigono un'uniformità di azione questi devono essere sempre in qualche modo “irregimentate – anche implicitamente – entro la cornice delle norme costituzionali”<sup>48</sup>.

In primo luogo, la stessa Consulta se riconosce di fatto una legittimità logica<sup>49</sup> prima ancora che giuridica rispetto alla normativa emergenziale adottata, non analizza né giudica il vestito giuridico utilizzato risultando secondo la stessa affare estraneo al conflitto di attribuzioni sollevato. Nel caso in esame non rilevano né la violazione da parte della legislazione regionale delle singole norme statali, né la circostanza che tali norme fossero o meno costituzionalmente legittime, né che gli atti amministrativi a contenuto generale adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri fossero o meno validi, perché oggetto del giudizio di costituzionalità non è – dice la Corte – la normativa statale, ma la legge regionale<sup>50</sup>. Nella sentenza non vi è dunque alcun accenno né è deducibile alcuna

---

costituzionale l'ambito di estensione territoriale della profilassi internazionale nel senso che quest'ultima debba comprendere anche la profilassi all'interno del territorio nazionale”.

<sup>47</sup> V. A. Patanè, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *Lavori Diritti Europa*, n. 2/2021, p. 4.

<sup>48</sup> Cfr. M. Orlando, *Esclusivo. Il costituzionalista Baldini: “siamo in un regime normativo al di fuori della Costituzione”*, in *Informazionecattolica.it*, 19 dicembre 2021.

<sup>49</sup> Si riporta la pronuncia n. 37/2021, § 7.1 «A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ‘ragioni logiche, prima che giuridiche’ (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Il riferimento a ragioni logiche prima che giuridiche è stato già in precedenza criticato da commentatori individuandolo come “una spia di debolezza delle ragioni giuridiche a supporto della pronuncia”. davvero curioso, in sostanza, che la Corte richiami a fondamento della sua decisione ragioni logiche prima di quelle giuridiche; ma al contempo quel richiamo è spia di una debolezza delle ragioni giuridiche a supporto della pronuncia” (V. A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, n. 1/2018).

<sup>50</sup> Il caso esaminato ha ad oggetto la l. reg. Valle d'Aosta n. 11/2021, in particolare il Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 21 dicembre 2020, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'intera legge che disciplina la gestione regionale dell'emergenza indotta dalla diffusione del COVID-19,

affermazione circa una possibile sospensione delle garanzie formali imposte dalla Costituzione; pertanto, doveroso è il rispetto della riserva di legge assoluta disposta l'art. 32, c. 2, Cost.

Sostenere inderogabile la garanzia formale e pertanto ritenere insanabile la sua violazione è conseguenza diretta dell'espresso riferimento alla profilassi internazionale, che non esime, ma richiede il suo inserimento all'interno della cornice costituzionale. La stessa pronuncia n. 37/2021 rinvia a raccomandazioni<sup>51</sup> di carattere sovranazionali che in quanto tali necessitano di attuazione per esplicare i propri effetti all'interno dei singoli Stati. L'iscrizione all'interno di un atto formale è dunque la tappa obbligata e necessaria affinché le stesse finalità individuate dalla Corte costituzionale che hanno indotto a proclamare l'esclusiva potestà legislativa dello Stato, siano raggiungibili in conformità con le previsioni costituzionali. La costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità redatta nel 1946 riconosce espressamente e subordina la sua stessa efficacia alle norme Costituzionali degli stati membri tanto che l'art. 4 dispone che «gli Stati Membri delle Nazioni Unite possono diventare membri dell'Organizzazione, firmando, od accettando in qualsiasi altro modo la presente costituzione, conformemente alle disposizioni del Capo XIX ed alle loro proprie norme costituzionali» così come l'art. 19 afferma che «l'Assemblea della sanità può approvare convenzioni od accordi concernenti qualsiasi questione di competenza dell'Organizzazione. Siffatte convenzioni od accordi devono essere approvati dalla maggioranza dei due terzi dell'Assemblea della sanità, ed entrano in vigore per ogni singolo Stato, quando esso li accetta, conformemente alle proprie norme costituzionali». Non può essere dunque condivisa la tesi secondo cui l'adeguamento ad una «profilassi internazionale» atta alla tutela della salute in termini globali, sospenda l'ordinamento interno in forza di un'urgente imminenza preventiva e terapeutica. Erronea è dunque la presunta sanatoria della violazione del principio di legalità che si sta perpetrando anche con gli attuali decreti, che renderebbe tutta la disciplina emergenziale

---

in riferimento ai suoi artt. 2, cc. 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, c. 1, lett. a), poiché paiono in contrasto con gli artt. 25, c. 2, 117, c. 2, lett. m), q) e h), e c. 3, 118 e 120, Cost., nonché con il principio di leale collaborazione e all'art. 44 l. cost. n. 4/1948 (*Statuto speciale per la Valle d'Aosta*). Ecco perché la Corte esplicita che «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale».

<sup>51</sup> Si specifica in merito che «l'attività normalmente svolta dalle organizzazioni internazionali, è costituita dall'emanazione di raccomandazioni, cioè di atti che hanno valore di esortazione e che come tali non vincolano gli Stati cui si indirizzano» (B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, p. 154).

attuazione di un dettame sovranazionale dichiarante lo stato di emergenza sanitaria. Tutelare lo stato democratico pluralista significa rispettare l'ordine costituzionale e sottostare ai vincoli di legalità sia formali che sostanziali che garantiscono la sua tenuta. La riserva di legge, quale corollario del principio di legalità è “fondamentale luce nell'oscurità dell'eccezione”<sup>52</sup> e non può essere derogata, significherebbe violare la profonda *ratio* della Carta costituzionale concretizzabile nella tenuta della forma di governo prescelta.

### 5.2. L'elusione della riserva di legge.

Quanto premesso ovvero l'operatività della riserva di legge imposta dall'art. 32 Cost. e la fattuale imposizione di un trattamento sanitario sarebbe sufficiente a rilevare l'illegittimità della disciplina fin qui esposta, tuttavia, se qualora si ritenesse lo strumento della certificazione verde legittimo e idoneo per imporre i suddetti obblighi, sarebbe necessario verificare la possibilità di introdurre codesta disciplina tramite lo strumento del decreto-legge<sup>53</sup>.

Sulla scala delle fonti, il decreto-legge si posiziona quale *atto avente forza di legge*, dal punto di vista strettamente formale la riserva di legge potrebbe ritenersi dunque pienamente soddisfatta. Tuttavia, la materia relativa all'imposizione dei trattamenti sanitari è caratterizzata da una riserva di legge non solo assoluta, ma anche rafforzata, il secondo capoverso statuisce che: «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Tale riferimento esprime la volontà di garantire una massima e rigorosa tutela della libertà del cittadino che di conseguenza può essere garantita appieno solo da una legge formale del Parlamento frutto “di un procedimento decisionale in cui l'adeguata rappresentazione e ponderazione degli interessi coinvolti vengono assicurati dalla quantità e dalla qualità degli attori politici decidenti e dall'articolazione delle sedi di costruzione della decisione, nonché ampiamente controllata, sia a livello di opinione pubblica nel corso del processo decisionale, sia dall'attività presidenziale in sede

<sup>52</sup> Cfr. C. Della Giustina, *Il (mancato) rispetto della riserva di legge*, in M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *Covid -19 vs. Democrazia aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 49.

<sup>53</sup> Cfr. A. Negroni, *Decreto-legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 1.

di promulgazione, sia infine dall'eventuale controllo successivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale"<sup>54</sup>. Si può anche ammettere di condividere, almeno in via generale, l'opinione che un decreto-legge soddisfi le riserve di legge poste dalla Costituzione e ciò in quanto "la conversione in legge del decreto ha [...] l'effetto di ripristinare l'ordine normale delle competenze, per mezzo di una novazione della fonte, che vede la legge sostituirsi al decreto, anche per quanto riguarda la disciplina pregressa», tenuto conto che «la mancata conversione del decreto da parte del parlamento [...] provoca il venir meno retroattivo della sua efficacia"<sup>55</sup>. Tuttavia, nel caso della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. non si può concordare che essa sia soddisfatta da un decreto-legge in quanto i trattamenti sanitari (salvo i meri accertamenti effettuati in modo non invasivo) hanno ordinariamente effetti irreversibili, e ciò comporta che, in caso di mancata conversione di un decreto-legge che stabilisca l'obbligatorietà di un trattamento sanitario, gli effetti sul destinatario del trattamento non sarebbero in alcun modo reversibili<sup>56</sup>.

Se anche tale motivazione non convincesse e si ritenesse condivisibile la dottrina<sup>57</sup> che in linea generale ammette la possibilità di disciplinare con decreto-legge le materie coperte da riserva di legge, comunque l'attività del Governo in esame sarebbe censurabile.

La certificazione verde trova regolamentazione in ben sette dd.ll. nn, 52./2021 105/2021, 111/2021, 122/2021, 127/2021, 139/2021 e 172/2021, adottati in un tempo ridotto; si evita così di disciplinare il fenomeno unitariamente, ponendo giustificativi e correzioni continue non più aderenti al principio di legalità, ma ad un pretestuoso equilibrio di volta in volta mutabile. Da precisare che gli ultimi decreti-legge non paiono aderire ai presupposti di *urgenza e necessità* necessari ai fini della loro adozione in quanto il d.l. n. 105/2021 è entrato effettivamente in vigore il 6 agosto, così il d.l. n. 111/2021 ha differito l'efficacia delle disposizioni inerenti la certificazione verde COVID-19 al primo settembre, il d.l. n. 122/2021 è entrato in vigore il 10 ottobre 2021, mentre nel d.l. n. 127/2021 le disposizioni risultano applicabili dal 15 ottobre 2021 ed infine nel d.l. n. 172/2021 le disposizioni

<sup>54</sup> Cfr. B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C.E. Gallo e B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, pp. 34-35.

<sup>55</sup> F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2015, pp. 126-127.

<sup>56</sup> Cfr. A. Negroni, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, pp. 2 ss.; nel medesimo senso anche A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 87-88; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 385.

<sup>57</sup> Cfr. R. Guastini, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, pp. 163 ss.; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in *Id.* (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2012, pp. 109 ss., S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 901.

decorrono dal 6 dicembre e dal 15 dicembre 2021. Non è noto come tale differimento nel tempo possa giustificarsi con i requisiti di *urgenza e necessità* secondo i quali il Governo sarebbe legittimato ad anticipare l'esercizio di un potere che appartiene al Parlamento. In plurime sentenze la stessa Corte costituzionale ha rilevato come mal si adeguano ai presupposti richiesti dall'art. 77 Cost. le disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo<sup>58</sup>; il decreto-legge trae la propria legittimazione generale «da casi straordinari ed è destinato ad operare immediatamente allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute ed urgenti necessità»<sup>59</sup>. Anche accogliendo l'interpretazione maggiormente estensiva dell'art. 77 Cost., dettata dalla Consulta, secondo cui «la straordinaria urgenza e necessità non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto, ma può ben fondarsi anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito»<sup>60</sup>, l'adozione di decreti-legge non appare legittima. Se l'immediata e diretta applicabilità deve essere testata, indipendentemente dal necessario differimento delle disposizioni, in ogni caso non può essere soddisfatta qualora le «disposizioni perseguano finalità programmatiche o richiedano l'adozione di ulteriore normativa»<sup>61</sup>. I decreti-legge in esame, non solo differiscono nel tempo l'efficacia delle disposizioni, ma in plurimi casi ne subordinano l'attuazione all'adozione di decreti e circolari. Un esempio evidente è rintracciabile nell'art. 4-*bis*, c. 3, d.l. n. 44/2021, introdotto con il d.l. n. 122/2021, in cui «i responsabili e i datori di lavoro possono verificare l'adempimento all'obbligo acquisendo informazioni necessarie secondo le modalità definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato di concerto con i Ministri della Salute, per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e dell'economia e delle finanze sentito il Garante per la protezione dei dati personali»; tale decreto peraltro non è mai stato adottato ed attualmente il l'art. 4-*bis*, c. 4, è stato modificato con il d.l. n. 172/2021. Svariate sono le esemplificazioni che si potrebbero riportare<sup>62</sup> per

<sup>58</sup> Corte cost., sentenza n. 220/2013.

<sup>59</sup> In riferimento alla pronuncia Corte cost., n. 220/2013, § 10, 11, 12, si veda Servizio Studi della Corte costituzionale, *La decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2017, p. 95.

<sup>60</sup> Corte cost., sentenza n. 16/2017, § 7.1.2.

<sup>61</sup> Corte cost., sentenza n. 170/2017 § 6.2.

<sup>62</sup> A titolo esemplificativo si segnalano: l'art. 9-*ter*, c. 3-quater, d.l. n. 52/2021, introdotto con d.l. n. 111/2021 in cui si prevede l'adozione di una circolare del Ministero dell'Istruzione; art. 9-*quinqies*, c. 5, l'art. 9-*sexies*, c. 5, d.l. n. 52/2021, introdotto con d.l. n. 127/2021 in cui rispettivamente si prevede che «il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e della salute, può adottare

cui anche un'interpretazione estensiva dei presupposti per l'adozione di un decreto-legge ai sensi dell'art. 77 Cost. non troverebbe luogo e dovrebbe pertanto accertarsi «l'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza»<sup>63</sup>.

In linea generale, un percorso più semplice potrebbe condurre la Corte a ritenere illegittimo lo strumento dei decreti-legge analizzati in quanto il presupposto pandemico non configura un'emergenza temporanea a caratteri permanenti, ma data l'ennesima proroga dello stato di emergenza<sup>64</sup>, si può ritenere essere un'emergenza permanente. È pacifico ormai che la pandemia di SARS CoV-2 costituisce un'emergenza permanente a durata imprevedibile, oltre che a propagazione invisibile, ciò determina l'inadeguatezza della normativa sulla decretazione d'urgenza, ai sensi degli art. 77 e 87, c. 5, Cost. in quanto carenti sono l'eccezionalità dell'evento emergenziale ed il carattere non duraturo dell'emergenza la decretazione d'urgenza difatti non può avere carattere duraturo e/o permanente.

Un ulteriore aspetto di illegittimità si ravvisa sul piano procedurale nell'esautorazione del Parlamento dalle proprie prerogative legislative. La conversione dei decreti-legge è difatti avvenuta ed avviene su fiducia governativa e dunque con l'effettiva inutilità di qualsiasi discussione in merito. L'«efficacia sanante»<sup>65</sup>, della legge di conversione pertanto è in *toto* da escludersi<sup>66</sup> e permanente risulta essere l'illegittimità delle disposizioni.

In merito a quanto premesso nessuna spiegazione è stata fornita, e tutto ciò risulterebbe

---

linee guida per la omogenea definizione delle modalità organizzative” e che “con circolare del Ministero della giustizia, per i profili di competenza possono essere stabilite ulteriori modalità di verifica».

<sup>63</sup> Il riconoscimento dell'illegittimità del decreto-legge, secondo l'orientamento della Corte costituzionale deve essere accertato sulla base dell'evidente mancanza dei presupposti di urgenza e necessità. A titolo meramente esemplificativo si veda Corte cost., sentenza n. 287/2016, Corte cost., ordinanza n. 72/2015, Corte cost., sentenza n. 93/2011.

<sup>64</sup> Con comunicato stampa del Consiglio dei ministri, n. 51, il 14 dicembre, è stata comunicata l'approvazione di un decreto-legge che prevede la proroga dello stato di emergenza nazionale fino al 30 marzo 2022.

<sup>65</sup> In merito all'efficacia sanante si ricorda l'indirizzo della Corte costituzionale per cui «il difetto di presupposti di necessità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità deve risultare evidente, e che tale difetto di presupposti, una volta intervenuta la conversione si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge» (Cfr. Corte cost., sentenza n. 108/2008, Corte cost., sentenza n. 171/2007). I precedenti vizi difatti dovrebbero essere sanati con un apposito atto ed intento in quanto «la sanatoria non costituisce idoneo equipollente della conversione giacché il relativo potere è ontologicamente diverso anche per le conseguenze» (cfr. Corte cost., ordinanza n. 204/2008; Corte cost., n. 244/1997).

<sup>66</sup> Si ravvisa il fondamento di tale affermazione nell'orientamento predominante giurisprudenziale secondo cui «affermare che la legge di conversione in ogni caso sana i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»; pertanto la stessa Corte Costituzionale giunge alla conclusione per cui il sindacato di legittimità inerente alla sussistenza dei presupposti di urgenza e necessità, anche qualora il decreto sia stato convertito in legge, non possa esaurirsi né in delle apodittiche enunciazioni, né nell'eventuale constatazione della ragionevolezza della disciplina, in ogni caso difatti deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale. (Cfr. Corte cost., sentenza n. 108/2008, Corte cost. sentenza n. 171/2007).

giustificabile alla luce di un'apparente adesione a principi di senso comune il cui contenuto è di volta in volta mutato e rimesso alla libertà del potere pubblico sintetizzabile in un atteggiamento in netto contrasto con l'ordine costituzionale.

## 6. Il principio di ragionevolezza.

Premesso ciò, è opportuno muoversi sul piano dei contenuti della disciplina in esame e verificare la sua congruenza ai principi base riconosciuti dalla Costituzione ed interpretabili secondo quanto premesso, a cui devono sottostare i tre Poteri dello stato. L'indicatore principale su cui basare lo scrutinio è il principio dedotto dall'art. 3, Cost. ovvero quello della ragionevolezza.

La ragionevolezza rappresenta un principio costante nella giurisprudenza costituzionale. Esso ha assunto nel tempo un connotato conformativo rispetto ad ogni parametro costituzionale, poiché utilizzato come complemento rispetto a qualunque altro principio. Tale canone, non soltanto adempie all'analisi del dato logico della norma, ma rappresenta inoltre una sorta di chiave di volta nel giudizio di legittimità costituzionale, al punto che la dottrina sostiene che questo si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa, ed interessa ogni tipo di atto impugnato<sup>67</sup>. La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 264/1996 ha riconosciuto come «criterio generale» la ragionevolezza che «consiste in un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la causa normativa che la deve assistere»<sup>68</sup>.

In sostanza, la sua valutazione è inerente all'azione e alla sua idoneità a raggiungere uno scopo legittimo in relazione ai presupposti di fatto, allo scopo preposto e alla funzionalità dei mezzi. Si tratta di un'analisi prettamente sostanziale connessa al principio di proporzionalità che non a caso la Corte costituzionale riconosce quale «diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»<sup>69</sup>.

È dunque opportuno, alla luce della prassi della Corte costituzionale, sottoporre la

<sup>67</sup> Cfr. C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV. *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1582.

<sup>68</sup> Corte cost., sentenza n. 245/2007.

<sup>69</sup> Corte cost., sentenza n. 220/1995.



disciplina al cosiddetto «test di proporzionalità»<sup>70</sup>. Esso esige l'idoneità dell'azione a raggiungere uno scopo legittimo, la sua necessità in assenza di misure meno restrittive e l'esclusione di un effetto eccessivo su altri interessi<sup>71</sup>. Da tale definizione è possibile individuare i tre criteri su cui si basa il giudizio di proporzionalità della norma e di conseguenza della sua legittimità; essi sono: la necessità, l'adequazione e l'idoneità della misura prescelta.

### 6.1. Necessarietà.

La necessità rappresenta la conformità dell'azione legislativa alla regola del mezzo più mite e cioè, l'obbligo di mettere a confronto le misure ritenute idonee e orientare la scelta sulla soluzione comportante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento<sup>72</sup>.

Esso implica che l'azione del legislatore deve essere immune da censure sul piano della logica e della congruità, aderente ai dati di fatto e agli interessi emersi nel corso dell'istruttoria, coerente con le premesse ed i criteri fissati dal legislatore stesso.

Con riguardo alla disciplina della certificazione verde COVID-19 la normativa emergenziale è la cornice entro cui si sviluppa. In particolare, la dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità dell'11 marzo 2020, con la quale l'epidemia da COVID-19 è stata valutata come «pandemia» in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, è posta come ridondante presupposto la cui concretizzazione soprattutto nell'adozione degli ultimi decreti-legge non è specificata.

Non sono richiamati dati tecnici o scientifici, ma semplicemente il protrarsi di una

<sup>70</sup> Corte cost., sentenza n. 1130/1988, v. anche F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 32/2021, p. 192 ss.

<sup>71</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 25 aprile 2013, causa T-526/10, secondo cui «per quanto riguarda la pretesa violazione del principio di proporzionalità, occorre rammentare che emerge da una giurisprudenza costante che quest'ultimo esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti».

<sup>72</sup> Si veda in proposito F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 14, V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, pp. 136 ss.

situazione d'emergenza dichiarata l'11 marzo 2021 che rende il contesto «attuale rischioso».

Gli ultimi decreti-leggi, tra cui il n. 172/2021, che inserisce un fattore di discriminazione tra la certificazione verde stessa e tra i suoi possessori, non sono basati su alcun avviso scientifico, ma solamente su normative precedenti e sulla dichiarazione OMS risalente ad un anno fa. Le situazioni di pregiudizio, come si legge nelle premesse sono definite «possibili» ed il contesto «rischioso». Non si ha riguardo ad una situazione specifica di emergenza<sup>73</sup> che richiede un intervento tempestivo ed efficace, ma ad una mera “presunzione di pericolosità sanitaria”<sup>74</sup> che rende lo stesso soggetto potenzialmente pericoloso. Emblematico e riconoscibile è dunque l'inversione del paradigma sociale per cui l'eccezione (il rischio e il pericolo)<sup>75</sup> diviene la base di definizione della *nuova normalità*, in cui vige una presunzione, non connessa a fattori specifici contestuali, ma solo appartenenti ad un passato e futuro potenziale<sup>76</sup> che rendono l'individuo per il semplice fatto di essere vivente pericoloso per gli altri soggetti. Ciò è quanto, ad oggi, sembrerebbe legittimare l'obbligo collettivo e generalizzato di sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori con la conseguente compressione della libera scelta del singolo e la sua deresponsabilizzazione.

Il fattore di rischi indeterminabile anche per lo stesso legislatore si assume quale presupposto generale che limita e ripudia la *bontà* del soggetto e delle sue scelte nei

---

<sup>73</sup> Sottolinea M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 7, che nel nostro ordinamento «l'emergenza» è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-generaliste, definisce i presupposti (art. 1 e 7 del Codice [della Protezione civile]), le conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)».

<sup>74</sup> In tal senso ben si comprende come la presunzione coincida con la deriva verso uno stato di *prevenzione* come una delle possibili declinazioni operative dello stato d'eccezione. (Cfr. V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, cit., p.145).

<sup>75</sup> Sul punto si riprendono le definizioni di N. Luhmann secondo cui il rischio è in questo senso un elemento caratteristico della società moderna che ne sfida gli stessi meccanismi istituzionali. Luhmann sottolinea anche la distinzione tra rischio e pericolo: cioè tra quei rischi che appaiono passibili di controllo da parte dell'uomo e quelli che sembrano invece eccederne le capacità operative. Cfr. M. Bucchi, *La salute e il rischio*, in M. Bucchi e F. Feresini (a cura di), *Sociologia della Salute*, Roma, 2001, p. 182.

<sup>76</sup> In merito R. De Giorgi, *Il diritto nella società del rischio*, in *Revista opinio juridica*, n. 5/2005, p. 398, individua nella temporalità della società attuale dei limiti intrinseci legati alla dimensione del rischio che la caratterizza, che rende acuto il problema del presente, ma anche la questione del futuro. “Il presente non può più occultare il suo paradosso costitutivo che lo rende un tempo che non ha tempo. Il presente acquista il carattere di un valore limite che marca la differenza tra futuro e passato. Allo stesso modo, il futuro, la dimensione temporale di ciò che può essere altro, pone continuamente il presente di fronte alla necessità di disporre di vincoli che delimitino la possibilità dell'essere altro, che lo rendono oggetto di aspettativa in modo che, qualunque evento accada, si sappia come agire”.

confronti della collettività. È obbligo del soggetto, infatti, fornire la “prova contraria”<sup>77</sup>, ovvero l’attestazione del proprio stato di salute tramite gli strumenti<sup>78</sup> indicati, senza i quali non è possibile accedere alle attività che incidono direttamente sulla soddisfazione dei propri bisogni primari<sup>79</sup>.

Introdurre tali misure fortemente limitative avendo come presupposto il rischio da prevenire, in un ambiente globale da tempo definibile dai sociologi come società del rischio<sup>80</sup> appare configurarsi come un mezzo azzardato che ristorerebbe fittiziamente il “grado di sicurezza tollerabile”<sup>81</sup> rendendo di fatto il soggetto incapace di equilibrare la propria coscienza e scienza all’interno di un mondo globalizzato di per sé portatore di rischi.

<sup>77</sup> Ciò non è altro che il frutto dell’odierno ordinamento d’emergenza caratterizzato dalla surroga dell’istanza generale di libertà con quella di autorità, i cui effetti consistono nella generale e (per lungo tempo) assoluta limitazione di diritti costituzionali, nella *concessione* di frammenti di libertà da parte dello stesso potere pubblico, nella realizzazione di una condizione di generale sorveglianza da parte delle forze dell’ordine a cui l’intera comunità nazionale è stata sottoposta. Tanto corrisponde senz’altro e in modo coerente alla logica funzionale della prevenzione che ha riguardo in modo esclusivo al contrasto al rischio astratto e ipotetico ed a cui pertiene, dunque, l’inesistenza di limiti al perseguimento dello scopo ideale “mai raggiungibile” (Cfr. V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all’emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, cit., p.145).

<sup>78</sup> Tra gli strumenti utilizzati per fornire *prova contraria* si annovera la certificazione verde Covid-19, ma anche la misurazione della temperatura corporea.

<sup>79</sup> Si fa espresso riferimento alla piramide delineata da A. Maslow, nel suo libro *Motivation and Personality* del 1954, in cui riconosce come bisogni primari i bisogni fisiologici legati alla sopravvivenza dell’individuo (fame, sete, riproduzione, ecc.) che devono essere soddisfatti per poter ‘pensare’ ad altro; al successivo gradino sono posti i bisogni di sicurezza. (V. G. Martino, *I bisogni e le motivazioni al tempo che verrà, dopo il Coronavirus*, in *Amministrazione in cammino*, 19 giugno 2020, p. 2). L’introduzione della certificazione verde COVID-19 giustificata da un’esigenza di sicurezza (2° gradino nella piramide di Maslow) implica una totale restrizione dei bisogni primari dei soggetti (1° gradino nella piramide di Maslow) se ne deduce pertanto un’irragionevolezza di base dello strumento introdotto.

<sup>80</sup> Molti sociologi si sono espressi in merito tra cui si ricorda A. Giddens che osserva uno stretto legame tra la globalizzazione e il rischio e in particolare per quanto riguarda l’ascesa di quello che egli descrive come rischio preconfezionato; e U. Beck secondo cui la globalità comporta una crescente consapevolezza dei pericoli globali. Per approfondire si veda G. Ritzer, *Teoria sociologica. Radici e sfide contemporanee*, Milano, 2014, pp. 381 ss.

<sup>81</sup> In merito è ormai noto come l’insicurezza moderna non sarebbe l’assenza di protezioni, ma piuttosto il loro rovescio: la loro ombra proiettata in un universo sociale che si è organizzato attorno a una richiesta senza fine di protezioni o attorno a una travolgente richiesta di sicurezza. L’insicurezza verrebbe così creata proprio dalla ricerca delle protezioni, per la buona ragione che il sentimento di insicurezza non è dato immediato della coscienza. L’insicurezza è in larga misura il rovescio di una medaglia che garantisce la sicurezza, e questo per due ragioni. In primo luogo, perché i programmi di protezione non potendo mai essere realizzati pienamente producono delusione e perfino risentimento. In secondo luogo, il loro successo, anche relativo, pur dominando i rischi ne fa emergere di nuovi. Cfr. con R. Castel, *L’insicurezza sociale. Cosa significa essere protetti?*, Torino, 2004.

## 6.2. Idoneità.

Restringendo l'analisi dal globale al particolare dei singoli mezzi preposti dal legislatore per il raggiungimento dei fini è opportuno accertare la sussistenza del requisito dell'idoneità. Sulla base di tale criterio vanno scartate tutte le misure che non sono in grado di realizzare il fine; la valutazione concernente l'idoneità va effettuata dunque in termini di *coerenza*.

Per quanto attiene alle finalità individuate<sup>82</sup>, non è noto l'iter logico che collega il possesso della certificazione verde COVID-19 alle altre misure di contenimento del virus e nemmeno alla possibilità di prevenzione del contagio. Attualmente la certificazione non ha particolari riflessi nei confronti delle altre norme di contenimento che risultano tutt'ora essere in vigore anche dopo l'adozione del decreto-legge n. 172/2021.

Rispetto alla prevenzione della malattia invece, si può osservare come i differenti presupposti di rilascio della certificazione verde COVID-19 siano caratterizzati da diversi indici di affidabilità.

Per quanto riguarda i test molecolari ed antigenici, la letteratura scientifica ha indicato valori differenti di sensibilità, sulla base dei quali ha indirizzato il loro utilizzo. La *Nota tecnica ad interim. Test di laboratorio su SARS-COV-2 e il loro uso in sanità pubblica* del 23 ottobre 2020 del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità dichiara che – per carenza di studi pubblicati a fronte di contesti specifici e di una ampia casistica – allo stato attuale, i dati disponibili dei vari test sono quelli indicati dal produttore: 70-86% per la sensibilità e 95-97% per la specificità<sup>83</sup>.

Diversi rilevamenti si hanno invece per i test molecolari, il cui utilizzo è consigliato in caso di presenza di sintomi. I dati raccolti<sup>84</sup> infatti, variano e differiscono di sensibilità tra i soggetti pre-sintomatici (34,1%) e sintomatici (88,1%), relativamente all'efficacia invece

<sup>82</sup> Le finalità espresse dalla norma possono essere sintetizzate nelle seguenti espressioni: «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza», «al fine di prevenire la diffusione dell'infezione SARS-CoV-2».

<sup>83</sup> V. *Nota tecnica ad interim. Test di laboratorio per SARS-CoV-2 e loro uso in sanità pubblica*, 23 ottobre 2020, in [www.iss.it](http://www.iss.it), p. 8.

<sup>84</sup> J. Dinnes e J.J. Deeks, *Rapid point of-care antigen and molecular based tests for diagnosis of SARS-COV-2 infection*, in *Cochrane Database Systematic Reviews*, 24 marzo 2021. Per altri studi v. G. Turcato e A. Zaboli, *Rapid antigen test to identify COVID-19 infected patients with and without symptoms admitted to the Emergency Department*, in *American Journal of Emergency Medicine*, 22 ottobre 2021.

quella dei test molecolari risulterebbe superiore, quasi al 99%.

Lo strumento del tampone pertanto potrebbe essere identificato come un mezzo, almeno formalmente, atto a prevenire la diffusione della malattia.

Le medesime conclusioni non risultano essere invece valide per i soggetti sottoposti alla profilassi vaccinale. Come è ormai noto e specificato nei report dell'Istituto Superiore della Sanità<sup>85</sup> la condizione di *sicurezza* attestata dal certificato verde Covid-19 non si riferisce ad un esame diagnostico di negatività, ma è rilevata sulla base di dati statistici e previsioni stante la non ancora attestabile certezza della loro efficacia non solo nel proteggere, ma anche nel ridurre il grado di contagiosità<sup>86</sup>. I recenti rilievi circa una ridotta efficacia nel tempo<sup>87</sup> del ciclo vaccinale e la necessità di sottoporsi ad ulteriori dosi di richiamo sono dati di fatto pacifici che suscitano perplessità circa il grado di efficacia di tale misura che dovrebbe giustificare non solo la situazione di favor concessa ai soggetti che si sono sottoposti all'iter vaccinale previsto dall'art. 3-ter, d.l. n. 52/2021, ma altresì le restrizioni imposte<sup>88</sup> ai soggetti che liberamente scelgono di non assoggettarsi a tale trattamento.

Dato che il giudizio sull'idoneità del provvedimento è di tipo prognostico, da effettuarsi *ex ante*, e va riferito alla potenziale efficacia del provvedimento adottato o da attuarsi, si può riscontrare che, sulla base dei rilievi attuali non può essere accertata la congruenza del mezzo rispetto ai fini che, seppur benevoli, non possono essere raggiunti senza che preventivamente sia effettuata una valutazione razionale sul mezzo da introdurre, fermo il fatto che questa deve non solo permettere il raggiungimento degli obbiettivi, ma anche garantire il minor sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento.

<sup>85</sup> Cfr. Istituto Superiore della Sanità, *Report n. 4, Impatto della vaccinazione COVID-19 sul rischio di infezione da SARS-CoV-2 e successivo ricovero e decesso in Italia*, in *iwww.iss.it*, 30 settembre 2021, p. 20.

<sup>86</sup> Nelle stesse FAQ pubblicate sul sito dell'ISS si specifica infatti che “*anche dopo essersi sottoposti alla vaccinazione bisogna continuare a osservare misure di protezione nei confronti degli altri, come la mascherina, il distanziamento sociale e il lavaggio accurato delle mani. Ciò sarà necessario finché i dati sull'immunizzazione non mostreranno con certezza che oltre a proteggere sé stessi il vaccino impedisce anche la trasmissione del virus ad altri*”.

<sup>87</sup> V. A.B. COHN, C.C. MURPHY, A.W. WALLACE, *SARS-CoV-2 vaccine protection and deaths among US veterans during 2021*, in *Scienze*, 4 novembre 2021; Istituto Superiore della Sanità, *Epidemia COVID-29. Aggiornamento nazionale*, 10 novembre 2021, p. 21, Agenzia Italiana del Farmaco, *Comunicato n. 670*, 3 novembre 2021.

<sup>88</sup> V. In particolare l'art. 6 del decreto-legge n. 172 del 2021.

### 6.3. Gradualità e plausibilità degli effetti.

L'ultimo aspetto da considerare concernente il principio di proporzionalità riguarda l'adeguatezza della misura adottata ovvero la sua tollerabilità<sup>89</sup> da parte del soggetto. Identificare il mezzo come adeguato implica riconoscere che i suoi effetti siano congrui rispetto al fine e plausibili rispetto al soggetto a cui sono rivolti. Gli effetti riconoscibili e prevedibili della certificazione verde COVID-19 si descrivono per coloro che non aderiscono in una condizione ostativa all'accesso degli ambienti indicati che si traduce nell'impossibilità di usufruire di servizi ad essi connesse e di fornire la prestazione lavorativa, nonché per coloro che vi aderiscano in una limitazione della libertà confinata alla scelta tra il sottoporsi alla profilassi vaccinale o all'esame diagnostico dei test antigenici rapidi o molecolari, per quanto riguarda la sola attività lavorativa, mentre per le restanti attività ludiche, sociali e formative la libertà si confonde nell'obbligo vaccinale. L'unico ristretto spazio interstiziale di *libertà di scelta*, limitato allo svolgimento dell'attività lavorativa per le sole categorie che non soggiacciono all'obbligo vaccinale, è destinato a scomparire se si analizza con maggior precisione l'alternativa delle condizioni poste *ex art.* 9, d.l. n. 52/2021.

L'accertamento diagnostico mediante test molecolare o test antigenico rapido è infatti reso gravoso in ragione della ripetitività e della frequenza a cui il soggetto deve sottoporsi ed al costo che lo stesso deve sostenere. Al contrario, nonostante la dimostrata minor efficacia delle vaccinazioni rispetto ai fini dedotti nella stessa normativa il soggetto che sceglie spontaneamente di aderire alla campagna di vaccinazione Anti SARS-COV-2 gode di benefici di gran lunga superiori rispetto a chi sceglie di sottoporsi ripetutamente ai test diagnostici antigenici rapidi o molecolari. Con riferimento agli effetti che tale disciplina comporta, alla luce della condizione di favore riconosciute ad un soggetto vaccinato che gode della certificazione verde per un periodo limitato di 9 mesi e che può accedere a servizi e svolgere attività sociali oltre a quelle necessarie per il lavoro, non pare scorretto ritenere che l'impiego della certificazione verde COVID-19 corrisponda alla previsione di

---

<sup>89</sup> Il sacrificio per essere adeguato deve essere tollerabile e non eccessivo rispetto ai benefici pubblici per il quale lo stesso è attuato. Sul punto v. anche D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, p. 395.

un obbligo vaccinale surrettizio. Le disposizioni imponendo incisive limitazioni all'esercizio delle attività lavorative e sociali e conseguenze economiche si configurano come un mezzo indiretto, ma efficace per coartare la libera determinazione dei soggetti nel senso di indurli a sottoporsi al trattamento di profilassi vaccinale. Ne consegue che, la normativa si pone in netto contrasto con l'art. 32, c. 2, Cost. e con il principio di ragionevolezza non rispondendo di fatto alla finalità per la quale è stata adottata<sup>90</sup>.

### **7. Lo spazio interstiziale della libera scelta: tra dovere di solidarietà ed autodeterminazione.**

Non sono mancati indirizzi che si allontanano da quanto fin qui esposto da parte di coloro che ritengono superabile la riserva di legge assoluta stabilita dall'art. 32, c. 2 Cost. sulla base anche solo di clausole generali poste a tutela della sicurezza e sanità pubblica già presenti nell'ordinamento<sup>91</sup> oppure non la ritengono vincolante nel caso in esame in quanto risulta garantita dallo strumento della certificazione verde COVID-19 la libertà di scelta del singolo ovvero la ritengono sacrificabile in nome dei doveri di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost<sup>92</sup>.

Il primo classico elemento brandito dalla difesa è che l'adozione della certificazione verde tuteli in ultimo la libera scelta del singolo soggetto concedendo l'alternativa tra il sottoporsi al test molecolare o antigenico rapido o alla profilassi vaccinale; altresì gli oneri imposti ed i conseguenti divieti nel caso si propenda per il sottoporsi ai test diagnostici risultano

---

<sup>90</sup> In merito si cita la sentenza della Corte cost., n. 14/1964, secondo cui «per potere affermare che la legge denunziata non risponda a fini di utilità generale bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inidonei o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita».

<sup>91</sup> Cfr. R. Bin *Replica al documento anti green-pass pubblicato da Questione giustizia*, in *Lacostituzione.info*, 9 agosto 2021; P. Ichino, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo se un contratto di diritto privato*, in *Lavori, diritto Europa*, n. 1/2021.

<sup>92</sup> Cfr. R. Rivero, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021; L. Taschini, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavori, diritto Europa*, n. 2/2021; M. Basili, A. Maresca, R. Rivero e P. Sordi, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilico a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi, Lorenzo Zoppoli*, in *Giustizia Insieme*, 22 gennaio 2021.



giustificati da una finalità superiore e benevola quella di indurre coscientemente e consapevolmente i soggetti a sottoporsi al ciclo vaccinale. Come già esposto, tale affermazione è erranea in quanto l'onere soprattutto economico non è sostenibile dal medio cittadino italiano<sup>93</sup> che si ritroverebbe privato di buona parte dello stipendio senza riuscire a provvedere ai bisogni primari ed in ogni caso anche qualora per un soggetto il costo sarebbe tollerabile, con l'introduzione del d.l. n.172/2021, non potrebbe accedere ad una serie di servizi ed attività riservate espressamente solo a soggetti guariti o vaccinati.

Anche a livello teorico l'alternatività tra le due condizioni di rilascio non può soddisfare il requisito della scelta di autodeterminazione di sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario; essa difatti impone che l'esercizio del libero arbitrio tra A e B ("libertà di")<sup>94</sup> sia effettivo e perciò occorre che l'ordine esterno delle cose consenta tanto la realizzazione di A quanto la realizzazione di B; ciò significa che non deve essere già predeterminato che si verifichi A anziché B. Questa possibilità non viene soddisfatta dalla fattispecie in esame, dato che l'effettiva realizzazione delle due alternative non è priva di condizionamenti che combinandosi con altri elementi di realtà, annullano la realizzazione della doppia opzione. Non può dunque trovare accoglienza la giustificazione del mezzo migliore che contemperi sia la libera scelta che la *necessità* di assoggettarsi alla vaccinazione in quanto sia sul piano logico che fattuale il libero arbitrio è inglobato in ciò che i più moderati potrebbero

<sup>93</sup> Effettuando un breve calcolo si può rilevare che il costo per molte famiglie appare essere insostenibile. Secondo i dati pubblicati dall'INPS, *Statistiche in breve. Osservatorio sui lavoratori dipendenti del settore privato*, novembre 2021; riferibili all'anno 2020, la retribuzione media annua degli operai ammonta a euro 14.775,00 (mensile euro 1.231,25) e quella degli impiegati ammonta a euro 23.965,00 (mensile euro 1.997,08). Assumendo come costo minimo del test rapido antigenico 15 euro, si dovrebbe stimare un numero minimo di 12 test per lo svolgimento di un'attività lavorativa articolata su cinque giorni la settimana, di conseguenza la spesa mensile ammonterebbe a 180 euro mensili. L'onere della spesa minima mensile stimata corrisponde a quasi un decimo della retribuzione. Nel caso di retribuzioni inferiori o in cui il soggetto debba garantire un adeguato sostentamento a sé ed alla sua famiglia si comprende come tale costo sia insostenibile e per poter lavorare l'unica strada percorribile risulta quello di sottoporsi alla pratica vaccinale.

<sup>94</sup> Il riferimento è alla teoria dei "due concetti di verità" di Isaiah Berlin. Secondo il filosofo sono distinguibili due tipi di libertà: la libertà negativa, (libertà di) che consiste nel non essere impediti nel fare qualcosa, dall'altro quella positiva (libertà da qualsiasi coercizione interna), che può essere intesa sia come autocontrollo, sia come la capacità di agire in accordo con quel che richiede la ragione. Egli le individua in quanto rispondenti a diversi aspetti in particolare sostiene che "*To coerce a man is to deprive him of freedom - freedom of what? ... I propose to examine no more than two of these senses - but they are central ones, with a great deal of human history behind them, and, I dare say, still to come. The first of these political senses of freedom or liberty (I shall use both words to mean the same), which (following much precedent) I shall call the "negative" sense, is involved in the answer to the question "What is the area within which the subject - a person or group of persons - is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?"*. The second, which I shall call the "positive" sense, is involved in the answer to the question "What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?" (I. Berlin, *Two concept of liberty*, Oxford, 2002, pp. 168-169).

riconoscere come una pratica di coazione benigna<sup>95</sup>. L'espressione utilizzata si riferisce alle pratiche che si inseriscono in un progetto non generale, non gratuite in termini di conseguenze, ma necessarie per il mantenimento della sicurezza sociale, erogate in maniera umana e non crudele.

In tal senso l'esigenza di imporre la profilassi vaccinale *quale unica soluzione per fuoriuscire dallo stato di pandemia* si inquadra nell'imposizione di un dovere inderogabile di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e pertanto, stante la violazione della riserva di legge assoluta in alcun modo non sanabile se non con l'adozione di una legge formale che imponga l'obbligo vaccinale, nel merito del suo contenuto la certificazione verde COVID-19 e di conseguenza il suo effetto indiretto nel coartare il soggetto a sottoporsi alla vaccinazione, non potrebbero essere censurati in quanto diretta attuazione del principio di solidarietà che riconosce la libertà, ma nel contempo richiede responsabilità al soggetto. Il principio di solidarietà, quale "base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione"<sup>96</sup>, mette in guardia dalla visione assolutizzante unidirezionale e riduttivistica del diritto alla salute quale appannaggio esclusivo dell'individuo insensibile al benessere della collettività e richiama il singolo ad adeguarsi consapevolmente a quanto imposto ai fini della tutela non solo della collettività, ma anche dei soggetti più fragili<sup>97</sup>. Ecco che, secondo tale impostazione elaborata dalla giurisprudenza, l'obbligo del possesso della certificazione verde COVID-19 e il suo effetto indiretto dell'obbligo vaccinale potrebbe iscriversi in ciò che Spinoza definisce come libertà necessaria<sup>98</sup> "propria di un soggetto che agisce mosso da un principio di razionalità assoluta". Colui che agisce privo di condizionamenti interni, agisce seguendo una necessità che rispecchia l'ordine necessario del mondo: non è costretto ma obbedisce ad un principio necessario dell'azione, essendo in tal modo libero in quanto la forza che lo condiziona è identica alla sua stessa soggettività che lo richiama naturalmente al rispetto dei doveri civili posti a tutela della

<sup>95</sup> Il termine è stato coniato da G. Brandi, *La coazione benigna a servizio della salute e della sicurezza in Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2013, p. 9.

<sup>96</sup> Corte cost., sentenza n. 75/1992.

<sup>97</sup> V. Consiglio di Stato, sentenza n. 7045/2021, §30.8 e 30.9.

<sup>98</sup> Si riprende in merito il concetto di *libertà da costrizione esterne* affini a Spinoza. Secondo l'autore la libertà non consiste in una libertà di agire in un modo piuttosto che in un altro, ma di obbedire alla propria natura, ancorché quest'ultima sia necessaria e fedele per partecipare alla Sostanza (a Dio). In questo senso la libertà non si oppone alla necessità, ma alla coazione, alla costrizione ovvero l'esser necessitati da altro. "Si dice libera quella cosa che esiste per la sola necessità della propria natura, e che da sé sola è determinata ad agire. Si dice invece necessaria, o piuttosto coatta, quella che è determinata da altro ad esistere e ad agire, in una certa e determinata maniera" (B. Spinoza, *Etica e Trattato teologico-politico*, Torino, 1988, p. 85).

sopravvivenza stessa dell'uomo e della comunità in cui opera.

Di fatto, se quanto descritto fosse verificato e soddisfatto la sproporzione tra libertà di autodeterminazione e adempimento di un dovere sociale, fin qui sostenuta verrebbe ad estinguersi per confusione.

Tuttavia, residuano nell'analisi due elementi certi propri dell'oggetto dell'obbligo vaccinale di fatto imposto che annullano la coincidenza tra libertà e necessità e rendono non coercibile in nome di un'ipotetica solidarietà la profilassi vaccinale anti SARS- CoV-2.

Si tratta degli effetti attualmente non noti e di conseguenza non misurabili e dell'irreversibilità del trattamento sanitario. È fisiologico, essendo la profilassi vaccinale imposta un farmaco di nuova generazione operante nei confronti di una nuova patologia, che gli effetti e le ipotetiche reazioni collaterali, causate dalla sua somministrazione, nel medio e nel lungo periodo non siano ancora definibili in modo chiaro.

Imporre la somministrazione del vaccino anti-SARS-CoV-2, come sta accadendo di fatto con l'estensione del possesso della certificazione verde COVID-19 ai quotidiani ambiti della vita del singolo soggetto, significa circoscrivere la valutazione all'istante attuale imponendo al soggetto di assumersi eventuali rischi futuri in forza dell'accettazione di un *male* che sulla base di dati incompleti si prefigura ad oggi come minore, ma domani, sulla base di altre risultanze e del completamento degli studi ordinari<sup>99</sup> potrebbe essere definito diversamente. Ne consegue che, le rilevazioni farraginose relative alla terapia da somministrare ad oggi note non permettono di fornire gli estremi necessari al giurista per effettuare il doveroso bilanciamento che porterebbe all'introduzione eventuale della somministrazione obbligatoria della profilassi vaccinale, ad esempio non permettono di delineare l'oggetto stesso della coercizione non essendo descrivibili né gli effetti, né la durata<sup>100</sup> di tale pratica a cui l'individuo si dovrebbe sottoporre. La non sufficienza delle

<sup>99</sup> “Si ricorda che le autorizzazioni rilasciate dall' EMA, sono provvisorie e condizionate così come stabilite dal Reg. 507/2006. Dal Reg. 507/2006, emerge con chiarezza (it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation) che gli accertamenti tecnici che stanno alla base di queste autorizzazioni sono sempre e comunque accertamenti di carattere parziale e provvisorio, perché costruiti su dati per definizione incompleti, ma “it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation”. Si tratta dunque di dati provvisori, in continuo aggiornamento, e perciò instabili perché suscettibili di revisione sulla base delle evidenze empiriche via via raccolte”. Sul punto Cfr. A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 432 ss.

<sup>100</sup> Circa la durata dell'efficacia del vaccino somministrato i dati non sono ancora univoci. Secondo l'Istituto Superiore della Sanità, *Report n. 78, Monitoraggio fase 2*, in *iwww.iss.it*, 10 novembre 2021 l'efficacia del

risultanze scientifiche non permette nemmeno di individuare la collettività da tutelare: ci si deve riferire solo ai soggetti attualmente vulnerabili e più esposti al male concreto della patologia o a coloro che in futuro potrebbero subire conseguenze altrettanto concrete di un assoggettamento globale ad un trattamento il cui accertamento scientifico per ovvie ragioni è solo ipotetico e prognostico?

Ben si comprende che, attualmente, non è possibile comprendere l'effettiva efficacia dello strumento e di conseguenza la tollerabilità del sacrificio richiesto a tutta la collettività per auto-protegersi. L'unico estremo del bilanciamento perfettamente descrivibile essendo un dato autoevidente è l'irreversibilità del trattamento sanitario che coniugato alla non misurabilità dei rischi sul lungo periodo, altro dato certo ed autoevidente, rendono lo strumento del bilanciamento ed il suo prodotto normativo al momento inadatto.

Si badi che l'irreversibilità degli effetti caduca l'ulteriore scriminante della disciplina relativa alla certificazione verde COVID-19 ovvero la sua temporaneità. L'applicazione dell'obbligo del possesso del certificato verde COVID-19 è difatti protratta fino «al termine di cessazione dello stato di emergenza»<sup>101</sup> dichiarato dal Governo, anche trascurando il fatto che tale riferimento attiene ad una dimensione incerta indipendente da qualsiasi fattore di rischio oggettivo, la temporaneità della durata dell'obbligo è irrilevante in quanto gli effetti della somministrazione vaccinale sono irreversibili.

## 8. Nel rispetto della persona umana.

L'imposizione di una pratica sanitaria introdotta surrettiziamente tramite la certificazione verde COVID-19 non solo viola la riserva di legge assoluta *ex art.* 32, c. 2, cpv. 1, Cost.,

---

vaccino diminuirebbe drasticamente dopo sei mesi. La durata provvisoria della profilassi vaccinale è stata attestata a circa sei mesi anche da un recente studio A.B. Cohn, C.C. Murpy, A.W. Wallace, *SARS-CoV-2 vaccine protection and deaths among US veterans during 2021*, in *Scienze*, 4 novembre 2021. Alla luce degli odierni studi non si può pertanto stabilire non soltanto l'efficacia, ma anche la stessa durata dell'obbligo vaccinale data l'efficacia provvisoria e la necessità di sottoporsi a continui richiami, per i quali, tra l'altro, non è stata impostata alcun tipo di sperimentazione.

<sup>101</sup> Lo stato di emergenza è stato dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri a far data dal 31 gennaio e fino al 31 luglio, ai sensi degli artt. 7, c. 1, lett. c) e 24, c. 1, d.lgs. n. 1/2018, prorogato sino al 15 ottobre 2020 con d.l. n. 83/2020, sino al 31 gennaio 2021 con Delibera del Consiglio dei Ministri, sino al 30 aprile 2021 con d.l. n. 2/2021, sino al 31 luglio 2021 con Delibera del Consiglio dei Ministri del 21 aprile 2021, sino al 31 dicembre 2021 con d.l. n. 105/2021 ed attualmente esteso fino al 31 marzo 2022 con un ulteriore decreto-legge approvato nella seduta del Cdm n. 51 del 14 dicembre 2021.

ma si pone in netto contrasto anche con il successivo divieto per cui «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Dalla lettura della disposizione sembrerebbe che un nucleo resta escluso dalla discrezionalità del legislatore, quale limite incompressibile, fulcro dell'ordinamento costituzionale. L'art. 32, c. 2, Cost. è una norma di divieto che circoscrive l'operazione di bilanciamento entro il confine del «rispetto della persona umana». La disposizione in oggetto è stata pensata ed approvata esplicitamente con la finalità di «vietare che la legge per considerazioni di carattere generale di mala intesa degli interessi collettivi disponga un trattamento del genere»<sup>102</sup> ovvero contrario alla dignità umana. Ciò è quanto si deduce dai verbali dell'adunanza plenaria del 28 gennaio 1947 della stessa Assemblea Costituente, in cui il fautore dell'emendamento, Moro, ne promuove la sua necessità proprio per impedire la legittimazione a pratiche di sterilizzazione o ad altri trattamenti contrari alla dignità umana, non con questo escludendo la possibilità al soggetto di sottoporsi volontariamente, ma vietando al legislatore di andare oltre la propria sfera di competenza anche qualora questi siano previsti come “essenziali”<sup>103</sup>. Rispetto all'obbligo di sottoporsi al vaccino anti-SARS-CoV-2 la similitudine con terapie di sterilizzazione non pare azzardata essendo entrambi i trattamenti irreversibili.

Ecco che, sulla base di tali connotazioni che caratterizzano la terapia il cui obbligo è introdotto surrettiziamente con la certificazione verde COVID-19, deve essere escluso l'intervento coercitivo del legislatore, esso si tradurrebbe nel sorpassare il limite imposto che non ammette deroghe né eccezioni<sup>104</sup>. Perlomeno fino al raggiungimento di rilievi

---

<sup>102</sup> Cfr. Assemblea costituente, *Resoconto sommario della seduta di martedì 28 gennaio 1947*. Moro sul punto è chiaro, infatti, nel presentare in sede d'Assemblea l'emendamento dichiara che con il presente “non si vuole escludere il consenso del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie in seguito alle sue condizioni di salute, ma soltanto vietare che la legge per considerazioni di carattere generale e di mala intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana”.

<sup>103</sup> In merito si ricorda la posizione di Nobile, contrario all'emendamento, insiste nel sostenere che “non è possibile porre un limite rigoroso al legislatore, e che occorre ammettere possibilità di deroga. Bisogna ad esempio considerare se nel caso di gravi forme di pazzia ereditaria la legge non abbia il dovere di prevenire misure sanitarie atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici con certezza del terribile male”.

<sup>104</sup> Il limite espresso dal comma 2 dell'art. 32 Cost. “contrariamente a quel che si può credere, segna un limite esplicito anche alla possibilità di bilanciare i ‘diritti’ e ‘doveri’ da parte della giurisprudenza costituzionale. Insomma, è difficile credere che si possa bilanciare una norma come ‘La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione’. La forma repubblicana, nel suo significato minimale, di divieto espresso alla restaurazione della Monarchia, o la si rivede o la si viola. E se la si rivede, la si viola. Non c'è bilanciamento possibile qui. Allo stesso modo è difficile credere che si possa bilanciare una norma come ‘La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana’. Come si bilancia una norma di divieto

scientifici certi che delineano e definiscano l'an ed il *quantum* dell'oggetto del trattamento sanitario e del suo eventuale obbligo, l'assoggettamento a tale terapia deve essere riservata alla libera scelta del singolo, esercitabile nella sua totalità priva di condizionamenti ed induzioni indirette e sibilline.

Il confine previsto dall'art. 32 della dignità umana non è superabile in alcun modo, né si può interpretare, come definito del Consiglio di Stato quale "espressione diretta del diritto di autodeterminazione"<sup>105</sup> e dunque come interesse bilanciabile.

Al contrario, la dignità permea di sé l'intero Patto costituzionale, legandosi ad altri principi che caratterizzano il Testo nella sua interezza, specialmente quelli personalisti di eguaglianza, ma non è essa stessa i principi di cui è espressione, questi sono fattori ricavabili e tutelabili giuridicamente, mentre la dignità non è di per sé inscrivibile nella dimensione giuridica dello stato democratico pluralista di diritto in quanto essa stessa è il suo fondamento<sup>106</sup>.

Attiene alla dimensione interiore, non del genere umano, ma dell'essere umano concepito ontologicamente in rapporto con Dio e con il mondo<sup>107</sup>. Si riferisce a quanto preannunciato nelle premesse, alla condizione umana di bisogno che apre ad un dialogo incessante con e per la vita. Il continuo paragone con tutto il desiderio di pienezza che l'uomo ha conduce alla riscoperta di sé e dell'ordine delle cose naturalmente sacre.

È pertanto richiesto al potere pubblico che si esprime nella forma dello stato democratico pluralista, il mero riconoscimento e l'accettazione dell'essenza non coercibile dell'essere umano. Non si tratta di porre quale fondamento *super primario*<sup>108</sup> un sistema di valori o

---

che non ammette espressamente eccezioni o deroghe ('in nessun caso')?". (A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 450).

<sup>105</sup> V. Consiglio di Stato, sentenza n. 7045/2021, §33. La qualificazione data dalla Corte di Cassazione pen., sentenza n. 26636/2002, della dignità umana è di senso opposto come «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» e "principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali [...] riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano».

<sup>106</sup> Così A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 3/2020, p. 539 ss.; V. Baldini, *La dignità umana tra approcci ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013.

<sup>107</sup> "Nell'uomo c'è un esistere più ricco e più elevato, una sopraesistenza spirituale nella conoscenza e nell'amore. [...] La persona umana, per dipendente che sia dai più piccoli accidenti della materia esiste per l'esistenza stessa della sua anima che domina il tempo e la morte. Dire che l'uomo è una persona è dire che nel fondo del suo essere esso è un tutto più che una parte, è più indipendente che servo. È questo il mistero della nostra natura che il pensiero religioso designa quando dice che la persona umana è l'immagine di Dio. [...] La persona umana ha una dignità assoluta perché è relazione diretta con l'assoluto nel quale solo può trovare il suo pieno compimento". (J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 6).

<sup>108</sup> Il termine è stato mutuato da A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, cit., p. 540. L'autrice, infatti, sostiene che "a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale

uno standard di moralità a cui lo stato ed il medesimo soggetto devono adeguarsi, ma di riconoscere e normare la società seguendo il più profondo criterio di giudizio a disposizione dell'uomo che sorge dal continuo dialogo<sup>109</sup> con il Trascendente ovvero da “un'anima al cospetto di se stessa: infinita finita<sup>110</sup>”.

La violazione di tale dimensione della “sopraesistenza spirituale”<sup>111</sup>, da parte dell'autorità politica determina la recessione del soggetto a mezzo rispetto ad un fine e l'interrompersi del rapporto di mutuo scambio consensuale e consapevole tra il potere e la dipendenza del soggetto caratterizzante una democrazia. Con l'attuale disciplina emergenziale si pongono dunque le basi per una nuova forma di stato che poggia le proprie fondamenta su un nuovo sistema di valori avulso da quanto intrinseco nella natura dell'uomo, che conduce non alla sua ricomposizione, ma ad una continua frammentazione.

**Abstract:** Il presente contributo mira ad indagare in termini generali il fenomeno della certificazione verde COVID-19 con l'ausilio dei tradizionali strumenti ordinamentali. Si rileva, durante il corso dell'analisi, l'impossibilità di inscrivere tale misura all'interno dei convenzionali binomi di significato e la necessità di aderire a nuovi assiomi avulsi dall'ordine costituzionale.

**Abstract:** The paper aims to analyze in general terms the phenomenon of Digital COVID Certificate through the use of traditional tools of law. It is noted, already on the definitional level, the impossibility of reading the instrument within the conventional binaries of meaning drawn from a democratic order, and the need to adhere to new axioms divorced from the current constitutional context.

**Parole chiave:** ordine democratico – linguaggio giuridico – ragionevolezza – libertà necessaria – rispetto della persona umana.

---

la dignità umana trova la propria dimensione giuridica facendo ingresso, in posizione ‘superprimaria’, nelle Costituzioni degli ordinamenti statuali, divenendo un ‘ineludibile denominatore comune’ grazie al quale è stato possibile creare «un nuovo statuto della persona e un nuovo quadro dei doveri costituzionali”.

<sup>109</sup> In merito appaiono affini le parole di H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2004, p. 67, secondo la quale “il requisito per questo tipo di giudizio non è un'intelligenza altamente sviluppata o chissà quale malizia in faccende morali, ma semmai la predisposizione a vivere assieme a se stessi, ad avere rapporti con se stessi, cioè a impegnarsi in quel dialogo silente con se stessi che, sin dai tempi di Socrate e Platone, siamo soliti chiamare pensiero”.

<sup>110</sup> E. Dickinson, 1965.

<sup>111</sup> L'espressione è ripresa da J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 4.



**Key words:** democratic order – legal language – reasonableness – necessary freedom – respect for the individual.

## IL MATERIALISMO STORICO COME METODO DELLA RIFLESSIONE COSTITUZIONALISTICA DI SALVATORE D'ALBERGO\*.

di Gaetano Bucci\*\*

36

Lo scopo del presente lavoro, pur nel breve spazio disponibile, è di stimolare le nuove generazioni di studiosi di diritto costituzionale ad approfondire l'opera di Salvatore d'Albergo, giuspubblicista considerato dai più eretico perché, ispirandosi alla visione gramsciana della filosofia della prassi, avvertita come espressiva della responsabilità sociale della funzione dell'intellettuale, ha perseguito sempre coerentemente la pratica della *parresia*<sup>1</sup>, ovvero la pratica di “dire la verità al potere”<sup>2</sup>.

D'Albergo nacque a Milano nel 1927 da genitori siciliani, si laureò in giurisprudenza all'Università di Roma e dal 1959 insegnò Istituzioni di diritto pubblico, Diritto Amministrativo e Diritto pubblico dell'economia nelle Facoltà di Scienze Politiche e di Economia dell'Università di Pisa.

La scelta di dedicarsi allo studio e all'insegnamento di materie collocate dall'organizzazione accademica del sapere in ambiti disciplinari distinti, non fu il frutto del caso, ma di una decisione fondata sulla consapevolezza dello stretto nesso che lega la questione dello Stato e delle istituzioni alle questioni dell'economia e della società<sup>3</sup>.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Ricercatore di Istituzioni di diritto Pubblico – Università del Salento.

<sup>1</sup> Cfr. sul tema M. Foucault, *Discorso e verità nella Grecia antica*, Roma, 2019.

<sup>2</sup> Cfr. E. W. Said, *Dire la verità. Gli intellettuali e il potere*, Milano, 1995, pp. 93-94 e 108, specifica che “dire la verità al potere non è idealismo alla Pangloss”, ma “significa soppesare scrupolosamente le alternative, scegliere la migliore e rappresentarla con sapienza là dove si rivela più efficace per modificare la realtà secondo giustizia”, salvo che la professione intellettuale sia concepita come offerta di “servizi al potere” per ottenere “adeguati compensi”. L'intellettuale che pratica la *parresia* dev'essere dunque consapevole dei rischi di isolamento cui va incontro, i quali possono essere superati solo attraverso il libero collegamento “con la realtà di un movimento, con le aspirazioni di un popolo, con un ideale collettivo da perseguire”.

<sup>3</sup> Sul tema, cfr. S. d'Albergo, *Il diritto pubblico dell'economia nelle vicende storiche del diritto* in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, vol. I, pp. 411 ss. Sull'enucleazione della nozione di diritto pubblico dell'economia, cfr. M. S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. delle Soc.*, 1958, pp. 727

Salvatore d'Albergo fu un costituzionalista dotato di profonda competenza scientifica, ma insofferente nei confronti dei confini disciplinari, in quanto il suo metodo, ispirato al materialismo storico<sup>4</sup>, privilegiò un approccio interdisciplinare che mirava ad una conoscenza unitaria ed organica della realtà<sup>5</sup>. Il punto di riferimento della sua analisi fu, in particolare, la *filosofia della praxis*, a proposito della quale Gramsci<sup>6</sup> ha lasciato incisive puntualizzazioni, ritenute ancora essenziali per interpretare le gravi contraddizioni del presente derivate da un'economia capitalistica mondializzata, ma non per questo meno

ss.; Id. *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962. Sulla necessità di costruire nella fase della crisi del neoliberismo, un "diritto pubblico europeo dell'economia" fondato su un complesso di principi, istituti e regole capaci di garantire i diritti sociali, senza i vincoli stringenti della stabilità monetaria e di bilancio, cfr. A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

<sup>4</sup> A. d'Orsi, *Manuale di storiografia*, Milano-Torino, 2021, pp. 15, 16, 20, pone in evidenza come la prima elaborazione della concezione materialistica della storia sia rintracciabile ne *L'Ideologia tedesca* (1845-1846), attraverso la quale Marx ed Engels avviarono il percorso di emancipazione dalla "filosofia della storia" hegeliana, la quale raffigurava la storia stessa come un processo che si svolge "secondo una linea puramente ideale [...] fondata sull'affermarsi della Ragione, dello Spirito e dell'Autocoscienza", senza alcun nesso con "i rapporti economici" ed i "conflitti di classe". I due autori reputarono questa concezione un'"ideologia" poiché mirava ad "imporre una visione della realtà falsata", ovvero distorta "in chiave classista". Per Marx ed Engels, la storia costituiva invece il prodotto dell'"attività dell'uomo che persegue i suoi fini". Nel *Manifesto* (1848), sostennero infatti che "la storia di ogni società [...] è storia di lotte di classi". Per tale ragione essi non accettarono, in riferimento alla loro concezione, la definizione di "filosofia della storia", considerando quest'ultima come una prospettiva che vola "sopra" la storia e dunque incapace di coglierne l'essenza reale. La concezione materialistico-storica valuta invece la genesi e le evoluzioni delle forme di stato, delle leggi, delle arti e delle religioni, in stretto collegamento con i "rapporti tra le classi", e non come "realtà [...] indipendenti da quei rapporti". Sul tema cfr. anche A. Sabetti, *Sulla fondazione del materialismo storico*, Firenze, 1962, pp. 215 ss. A. Labriola, *La concezione materialistica della storia*, Bari, 1942, pp. 139, 145, definisce il "materialismo storico" una "dottrina realistica" capace di "far vedere le cose come esse sono, oltrepassando i fantasmi che, per secoli, ne impedirono la netta visione". Una concezione che non vuole rappresentare "la ribellione dell'uomo materiale contro l'uomo ideale", bensì "il ritrovamento dei veri e propri principi e moventi di ogni sviluppo umano, compreso quello [...] che chiamiamo ideale, in determinate condizioni positive di fatto, le quali recano in sé le ragioni, la legge, e il ritmo del loro proprio divenire". Per la concezione materialistica della storia non si tratta, insomma, "di ritradurre in categorie economiche tutte le complicate manifestazioni della storia, ma [...] solo di spiegare in ultima istanza (Engels) ogni fatto storico per via della sottostante struttura economica (Marx)". Sul punto cfr. anche V. Garretana e A. Guerra (a cura di), *Saggi sul materialismo storico*, Roma, 1968, pp. 75 ss. Per una rivalutazione del materialismo storico nel campo delle scienze giuridiche, cfr. A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione del diritto*, Torino, 2018; G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021.

<sup>5</sup> P. Bevilacqua, *Saperi umanistici e saperi scientifici per ripensare il mondo*, in Aa.Vv., *A che serve la storia? I saperi umanistici alla prova della modernità*, Roma 211, pp. 3-8 e 18, critica la separazione disciplinare tra le scienze, considerandola funzionale alla loro subordinazione alle esigenze della produzione capitalistica. Per tale ragione ritiene necessario introdurre un "paradigma dei saperi" fondato sul "loro dialogo" e sulla "loro cooperazione" col fine di perseguire l'unità della conoscenza necessaria per aprire "una nuova pagina di civiltà". Su questo terreno le "culture umanistiche" possono svolgere "un ruolo di prima grandezza", poiché, essendo "portatrici di visioni universali", possono farsi promotrici di "utilità generali". Basti pensare al ruolo che "il diritto, la sociologia, la politologia e l'antropologia" possono svolgere "in tutte le questioni globali" e nella creazione di "una nuova cittadinanza universale".

<sup>6</sup> Sulla "filosofia della praxis" come "concezione di massa", che opera nell'unità di teoria e pratica, cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1977, vol. II, p. 1271.

bisognosa di essere governata – a livello nazionale, sovranazionale e internazionale – secondo finalità di pace e di giustizia sociale<sup>7</sup>.

La riflessione di d'Albergo non peccò quindi di astrattismo poiché, a differenza di talune posizioni dottrinali ascrivibili al *positivismo giuridico* che pretendono di “esaurire sul dato normativo tutta la giuridicità recidendone l'inerenza alla realtà sociale”<sup>8</sup>, egli analizzò il diritto nel contesto della storia<sup>9</sup>, criticando l'uso *sub specie aeternitatis* di categorie di matrice liberale tratte da una *teoria generale* indifferente alle dinamiche politiche, economiche e sociali<sup>10</sup>, la quale, in nome dell'*uniformità* e della “coerenza del metodo”<sup>11</sup>, legittima la continuità del *paradigma dello stato liberale*, svalutando così la *forma di stato di democrazia sociale* prevista dalla Costituzione<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> A. Gramsci in *Quaderni del carcere*, cit., vol. I, p. 458, osserva come ai “rapporti interni di uno Stato nazione si intrecciano i rapporti internazionali, creando a loro volta combinazioni originali e storicamente concrete”. Sul “nesso nazionale-sovrannazionale” come fattore inscritto nei caratteri dell'ordinamento della “guerra fredda” e sulla “doppia lealtà” dei “gruppi dirigenti”, cfr. F. De Felice, *Nazione e crisi: le linee di frattura*, in AA.VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, 1996, vol. III, pp. 114, 121; F. De Felice, *Doppia lealtà e doppio Stato*, in Id., *La questione della nazione repubblicana*, Roma-Bari, 1999, pp. 41 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. Ferrara, *Riflessioni sul diritto*, Napoli, 2019, p. 206, il quale sostiene che tale tipo di positivismo “parziale” ed “asfittico” vada “nettamente rifiutato”, perché “fa a fette il reale, lo snerva” e “lo dissangua”, dissimulando “la natura, la ragione” e “la storia” del “diritto” e riducendo, quindi, “il giuridico a deposito di prodotti tecnologici disponibili da tutti, per tutti gli usi”.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto, S. d'Albergo, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1974, pp. 452 ss. Per un analogo metodo di analisi, cfr. G. Ferrara, *Il diritto come storia*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2005, pp. 1 ss. Sulla concezione marxista della storia, cfr. E. J. Hobsbawm, *De historia*, Milano, 1997, pp. 189 ss.

<sup>10</sup> S. d'Albergo, *Il potere sociale nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, pp. 204, 208, riconosce alla riflessione di Santi Romano, non solo il merito di aver individuato i limiti di una concezione del diritto considerato come mero sistema di norme, ma anche quello di aver posto “il potere sociale al centro del fenomeno giuridico”, dando così rilievo a quegli “elementi di realtà” che consentono di comprendere come la “crisi dello Stato” costituisca l'esito della crisi dei rapporti sociali. Il “punto nodale” della “teoria istituzionalistica” consiste nella tesi secondo cui “il diritto” può essere “prodotto [...] non solo dallo Stato [...], ma anche dai soggetti [...] interessati a migliorare la loro posizione”, i quali mediante la capacità di “darsi leggi proprie”, riescono a condizionare “il diritto pubblico moderno”. La riflessione di Santi Romano pone insomma in evidenza come “gli interessi di classe” organizzati possano determinare “processi di tipo nuovo” sul piano politico, istituzionale, economico e sociale. Sul tema cfr. anche Id., *Riflessioni sulla storicità*, cit., pp. 457 ss.

<sup>11</sup> Cfr. S. d'Albergo e A. Catone, *Lotte di classe e Costituzione. Diagnosi dell'Italia repubblicana*, Napoli, 2008, pp. 26, 27.

<sup>12</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Storicità del diritto e antistoricità della teoria generale*, in *Dem. e dir.*, n. 1/2009, pp. 221-224. W. Cesarini Sforza, *Gli studi di diritto pubblico durante il fascismo [1938]*, in Id., *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967, vol. II, p. 255 ha sostenuto che “per loro natura, i giuristi sono conservatori, perché nella rivoluzione non possono non scorgere il fatto che nega il diritto e sovverte l'ordine costituito”. G. Ferrara, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010, p. 2, specifica, tuttavia, come “la scarsa considerazione del rapporto tra costituzione e rivoluzione sia da attribuire a quella versione del positivismo giuridico che ha preteso di concentrare ed esaurire sul dato normativo tutta la giuridicità, recidendone l'inerenza alla realtà sociale”. C. De Fiore, *Rivoluzione e Costituzione. Profili giuridici e aspetti teorici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, p. 147, rileva, a tale proposito, come “il costituzionalista” sia “impegnato”, invece, “per vocazione e

La teorizzazione del diritto come fenomeno avulso dal processo storico non consente infatti di comprendere il senso dei *passaggi di fase* che hanno condotto all’“attuale trasversalità del potere dei grandi gruppi [...] finanziari” e quindi di coglierne il significato e di riconoscerli come tappe di un processo di reazione alle conquiste conseguite dal movimento dei lavoratori nel corso della seconda metà del Novecento<sup>13</sup>, quando *il liberismo* fu “soccombente o comunque non dominante” come all’epoca del suo avvio<sup>14</sup>.

Per tali ragioni d’Albergo sostenne che la teoria generale del diritto per essere conforme all’impostazione della Costituzione, avrebbe dovuto “allargare il campo del suo statuto teorico alle problematiche relative al meccanismo di accumulazione della ricchezza” e che i costituzionalisti avrebbero dovuto abbandonare quelle “teorizzazioni che prescindono dal valutare la natura del diritto nel contesto delle dinamiche [...] del processo storico”<sup>15</sup>.

Egli riteneva infatti che la riflessione degli storici non deve “rimanere sepolta nell’urna di un passato remoto” così come quella dei giuristi non può prescindere dal considerare “tutti i passaggi fondamentali del processo storico” e quindi “tutte le evoluzioni che avvengono nel campo del pensiero compreso quello giuridico”<sup>16</sup>.

Solo collocando l’analisi giuridica nella *lunga linea* della storia, si può evitare di incorrere nell’errore di proporre una visione mitologica della *globalizzazione*” raffigurata come “una sorta di passaggio delle ‘colonne d’Ercole’”. Occorre considerarla invece, fondatamente, come *uno dei punti* della linea storica contrassegnata da *teorie e prassi* che devono essere valutate alla luce dei Principi fondamentali della Costituzione<sup>17</sup>.

---

formazione, a fare scienza giuridica usando la storia [...] e a confrontarsi, per ragioni che potremmo dire genetiche, con le rivoluzioni [...] e con quell’(apparente) ossimoro che è il *diritto rivoluzionario*. Il “costituzionalismo si è imposto”, infatti, “sin dalle sue origini, quale parte integrante del pensiero rivoluzionario e lo stesso vale per le Costituzioni che altro non sono che conquiste della rivoluzione”. Sulla base di tali premesse, si sostiene come “le tesi di matrice descrittiva [...], protese a far coincidere l’ordinamento costituzionale con la *struttura dell’ordine giuridico*”, non possano essere condivise, poiché il loro “obiettivo di fondo è [...] liquidare il concetto di Costituzione alla stregua di un sinonimo per indicare quelle “leggi fondamentali” che descrivono il funzionamento effettivo consolidato da convenzioni accettate dalle parti che compongono il sistema politico stesso”. L’“approdare a siffatte conclusioni vorrebbe dire negare la politicità delle Costituzioni, separandole dalla storia del mondo e da quella del costituzionalismo in particolare”.

<sup>13</sup> P. Ingrao, *Masse e potere*, Roma, 1977, p. 237, richiama tra le rilevanti conquiste ottenute negli anni Settanta l’attuazione dell’ordinamento regionale, la riforma della Rai, la riforma della scuola, l’istituzione del Servizio sanitario nazionale, lo Statuto dei lavoratori, la scala mobile, la riduzione dell’orario di lavoro, i permessi retribuiti per il diritto allo studio, la legge sul divorzio, la riforma del diritto di famiglia, l’obiezione di coscienza, la legge sulla chiusura dei manicomi e la legge sull’interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>14</sup> Cfr. S. d’Albergo, *Storicità*, cit., p. 232.

<sup>15</sup> Cfr. S. d’Albergo, *Storicità del diritto*, cit., pp. 229, 232.

<sup>16</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 230.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 231.

Salvatore d'Albergo criticò pertanto le interpretazioni formalistiche della Costituzione che si traducono in una lettura neutrale ed aconflittuale delle sue disposizioni<sup>18</sup>, usata come alibi per avallare “l’eterna ripetizione di un presente, privo [...] di alternative”<sup>19</sup>, sostenendo, al contrario, la necessità dell’analisi del passato per comprendere le trasformazioni del presente<sup>20</sup> e svelare così l’occultamento dei rapporti di forza tra le classi attuato mediante “un sistema concettuale artefatto, impregnato di generalità, ed astrattezza”<sup>21</sup>.

Egli contestò pertanto la legittimità della categoria di “costituzione materiale”<sup>22</sup> usata per giustificare le alterazioni della “costituzione scritta al variare delle congiunture politiche [...], sfavorevoli alle classi dominanti”<sup>23</sup>, nozione questa che fu adoperata infatti dalla dottrina sia per legittimare l’indebita sovrapposizione delle istituzioni del regime fascista a quelle dello Stato liberale, sia per convalidare – anche dopo il riconoscimento

<sup>18</sup> Sul conflitto come cardine del modello di democrazia sociale recepito dalla Costituzione, cfr. S. d’Albergo, *Cultura giuridica, stato democratico e fascismo*, in *Dem. e dir.*, (Quad.), n. 1/1975, p. 104; G. Ferrara, *Il diritto del lavoro e la “costituzione economica” italiana ed in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005, p. 4; A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento NO TAV*, Napoli, 2011, p. 77; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma, Bari, 2013, p. 169.

<sup>19</sup> Cfr. D. Gentili, *Crisi come arte di governo*, Macerata, 2018, p. 76. M. Fisher, *Realismo capitalista*, Roma, 2018, pp. 15, 26, osserva come la formula *There is no alternative* usata da Margaret Thatcher nella fase di avvio della controffensiva neoliberista sembra oggi essersi realizzata poiché risulta ormai dominante la convinzione secondo cui è “più facile immaginare la fine del mondo che la fine del capitalismo”. Sulla crisi attuale come “crisi da stagnazione” nella quale i soggetti, individuali e collettivi, affondano “in una sorta di palude” ove “si agitano in cerchio come una miriade di girini senza trovare una via d’uscita, cadendo in uno stato di depressione politica e umana”, cfr. M. Salvadori, *Le ingannevoli sirene. La sinistra tra populismi, sovranismi e partiti liquidi*, Roma, 2019, pp. 113, 114.

<sup>20</sup> F. Massa, *Elogio storico di Francesco Mario Pagano*, in F.M. Pagano, *Opere. Filosofico-politiche ed estetiche*, Capolago, 1837, p. XIII, afferma che “per chi guarda gli avvenimenti come tanti anelli isolati, la storia non è che una lanterna magica: ma chi scopre la concatenazione di questi anelli, chi indaga la serie e il nesso degli avvenimenti, può far della storia una filosofia”, Hegel sostiene infatti che la “la filosofia è il proprio tempo appreso in pensieri”, cfr. G.F.W. Hegel, *Prefazione*, in *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1965, p. 16.

<sup>21</sup> Cfr. C. De Fiores, *La dimensione normativa tra Stato e società in Antonio Gramsci*, in *Dem. e dir.*, n. 2/2017, p. 64. A. Somma, *Contro Ventotene. Cavallo di Troia dell’Europa neoliberale*, Roma, 2021, p. 11, sostiene come “per uno studioso la messa in discussione dei miti e al limite la loro demolizione”, costituisca “un imperativo categorico”, poiché in tal modo “il sapere avanza, resistendo alla forza attrattiva dell’immobilismo intellettuale e offrendo nuovi materiali sui quali esercitare lo spirito critico e il culto del dubbio”.

<sup>22</sup> Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, [1940], Milano, 1998. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, p. 1666, privilegiò invece il concetto di costituzione “reale”, ovvero di una costituzione che emerge “da altri documenti legislativi” quali le “leggi organiche” e specialmente dai “rapporti effettivi tra le forze sociali”, evidenziando come “uno studio serio di questi argomenti fatto con prospettiva storica e con metodi critici”, costituisca “uno dei mezzi più efficaci per combattere [...] il fatalismo deterministico”. A tale concetto Gramsci non attribuì dunque una valenza prescrittiva, ma una funzione ermeneutica che consente di valutare “la reale struttura politica e giuridica di un paese e di uno Stato” (cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 1051).

<sup>23</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, p. 1666.



costituzionale della centralità del Parlamento – la tesi del “governo come comitato direttivo del Parlamento” in quanto portatore di un “indirizzo politico” derivante dalle “forze dominanti”<sup>24</sup>.

Nell’ambito della sua riflessione d’Albergo criticò anche la tesi di Norberto Bobbio relativa all’“inesistenza della teoria marxista dello Stato”, la quale spinse i gruppi dirigenti dei partiti di sinistra ad aderire alla teoria dello Stato liberale di diritto considerato come unico orizzonte possibile<sup>25</sup>. Un *revirement* che sortì l’effetto di fare smarrire il senso ed il valore delle lotte degli anni Settanta per l’attuazione della Costituzione, le quali ebbero come punto di riferimento teorico la concezione marxiana, critica dello Stato e dell’economia borghese<sup>26</sup>.

Una concezione che i Costituenti comunisti e socialisti riuscirono, del resto, a far penetrare nei principi e nelle norme della Costituzione<sup>27</sup> contribuendo così a delineare un modello di *democrazia sostanziale* che si propone di superare i limiti della *democrazia formale* interessata soltanto a fissare “le cd. regole del gioco”, gradite alla cultura liberale perché garanti della “continuità” dei rapporti di forza tra le classi<sup>28</sup>.

A questa visione ristretta della democrazia, intesa come “insieme di regole procedurali”<sup>29</sup>, d’Albergo contrappose pertanto la concezione della democrazia economica e sociale

<sup>24</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, p. 180, il quale critica la teoria di Sergio Panunzio che considera la “funzione di indirizzo politico” come una funzione “principale”, “primigenia” e “fondamentale”, rispetto alla quale “la stessa legislazione si comporta come un esecutivo”. Sul tema cfr. S. d’Albergo, *Costituzione “materiale” e potere sociale*, in AA.VV., *Problemi di diritto privato e pubblico. Aspetti teorici ed esegetici*, Torino, 1992, pp. 121 ss.

<sup>25</sup> Sull’“mancanza di una teoria dello stato socialista [...] come alternativa alla teoria [...] dello Stato borghese”, cfr. N. Bobbio, *Quale socialismo? Discussione di un’alternativa*, Torino, 1976, pp. 21 ss.

<sup>26</sup> Cfr. K. Marx, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850* e *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, in K. Marx, F. Engels, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Roma, 1966, pp. 373 ss. e pp. 485 ss. N. Bobbio, *Quale socialismo?*, cit., p. 27 considera invece insufficienti le indicazioni fornite da Marx sul tema dello Stato rispetto a quelle fornite dalla “tradizione del pensiero liberale”.

<sup>27</sup> Sull’elaborazione teorica dei Costituenti comunisti, cfr. A. Pesenti, *La struttura sociale dell’economia nella Costituzione e lo sviluppo economico italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente, III, Rapporti sociali e economici*, Firenze, 1969, pp. 280 ss.; A. Agosti, “Partito nuovo” e “democrazia progressiva” nell’elaborazione dei comunisti, in AA.VV., *Le idee costituzionali della resistenza*, Istituto Poligrafico-Zecca dello Stato, Roma, 1997, pp. 235 ss.; L. Cortesi, *Nascita di una democrazia. Guerra, fascismo, resistenza e oltre*, Roma, 2004, pp. 353 ss.

<sup>28</sup> Cfr. S. d’Albergo, *Diritto e Stato tra scienza giuridica e marxismo*, Roma, 2004, pp. 266 ss. Sulle critiche mosse dai Costituenti comunisti all’impostazione formalistica dei giuristi liberali, i quali consideravano il diritto e lo Stato come fenomeni caratterizzati da sole “regole” e “procedure”, cfr. S. d’Albergo, *La cultura giuridica e Togliatti*, in AA.VV., *Togliatti e la fondazione dello Stato democratico*, a cura di A. Agosti, Milano, 1986, pp. 273, 274, 276.

<sup>29</sup> Cfr. N. Bobbio, *Quale socialismo?*, cit., pp. 43, 44.



recepita dalla Costituzione<sup>30</sup>, dimostrando, con ineccepibile argomentazione, l'inconsistenza della tesi bobbiana e attestando, nel contempo, non solo l'esistenza di una teoria marxista dello Stato, ma anche di un'interpretazione marxista, – in particolare, gramsciana – del diritto pubblico<sup>31</sup>.

I suoi studi non si limitarono ad interpretare le norme mediante le tecniche del positivismo giuridico, né furono caratterizzati dall'uso di un metodo analitico-descrittivo<sup>32</sup>, ma mirarono ad individuare gli interessi sottesi alle disposizioni col fine di valutare le discrepanze esistenti tra esse ed i fini perseguiti dalla Costituzione.

Egli fu consapevole che la dottrina tradizionale usa le tecniche ermeneutiche allo scopo di razionalizzare la realtà esistente e quindi di legittimare la supremazia degli interessi delle classi dominanti<sup>33</sup>. Per tale ragione considerò il diritto come spazio di lotta per l'egemonia, ossia come spazio di una lotta che, pur svolgendosi nella dimensione statuale e giuridica, risulta equivalente alla lotta di classe<sup>34</sup>.

Dalla gramsciana filosofia della prassi – ovvero dall'analisi incentrata sulla “realtà effettuale”<sup>35</sup> – d'Albergo trasse infatti l'insegnamento sulla natura non solo tecnica, ma soprattutto politica del diritto, sicché la sua attenzione si concentrò sulle forme e sui modi mediante i quali l'*organizzazione del potere* riesce a tradurre, sul terreno normativo ed istituzionale, le sue strategie e le sue finalità di comando<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Dalla democrazia sociale alla democrazia costituzionale, (un percorso dell'ideologia giuridica)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005.

<sup>31</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Diritto e Stato*, cit.

<sup>32</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 375 ss., osserva come “buona parte della letteratura” giuridica sia ormai “una letteratura di “raccontini”, di gente che racconta cioè come è fatta una legge, che cosa c'è dentro una legge”.

<sup>33</sup> A. Gramsci, *Quaderni del carcere.*, cit., vol. II, p. 757, 773, osserva come “il diritto” svolga la funzione di rendere “omogeneo il gruppo dominante” e di “creare un conformismo sociale [...] utile alle linee di sviluppo del gruppo dirigente” per consentirgli di imporre “a tutta la società quelle norme di condotta che sono più legate alla sua ragion d'essere e al suo sviluppo”.

<sup>34</sup> Gramsci ritiene necessario che si affermi un'egemonia culturale e politica della classe lavoratrice, in assenza della quale potrebbe dilagare “la corrente ideologica di destra”, che concepisce lo Stato non come espressione della “società civile”, ma come “apparato governativo”, cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 801.

<sup>35</sup> A. Gramsci, *Quaderni del carcere.*, cit., vol. II, p. 990, definisce la “realtà effettuale” non come “qualcosa di statico e immobile”, ma come “una realtà in movimento, un rapporto di forze in continuo mutamento di equilibrio”, sicché “applicare la volontà a creare un nuovo equilibrio delle forze, realmente esistenti e operanti, fondandosi sulla forza di un movimento progressivo per farla trionfare è sempre muoversi nel terreno della realtà effettuale ma per dominarla e superarla”.

<sup>36</sup> Sul tema cfr. S. d'Albergo, *Costituzione e organizzazione del potere nell'ordinamento italiano*, Torino, 1991.

Il suo invito costante fu dunque quello di superare la divisione tra le scienze sociali e demistificare il mito della neutralità della scienza giuridica, e nel contempo auspicò il consolidarsi di un giuspositivismo ispirato ai valori democratico-sociali della Costituzione. In coerenza con tale impostazione secondo la quale gli studiosi non devono limitarsi ad interpretare il mondo, ma contribuire a trasformarlo<sup>37</sup>, la sua riflessione fu sempre connessa alle lotte dei lavoratori, cui diede un prezioso ausilio di conoscenza ed orientamento nell'ambito degli organismi di formazione del PCI<sup>38</sup>, della CGIL e dei sindacati di base. Egli partecipò inoltre alle battaglie volte a contrastare la strategia delle *riforme istituzionali* che, fin dalla seconda metà degli anni Settanta del Novecento, punta ad alterare le caratteristiche della forma di stato di democrazia economica e sociale prevista dalla Costituzione<sup>39</sup>.

I suoi saggi analizzarono con metodo giuridico rigoroso la portata, le connessioni e gli effetti degli enunciati normativi delle proposte di riforma, ma ebbero come essenziale parametro di valutazione, il rispetto del programma di emancipazione sociale prescritto dalla Costituzione (art. 3, c. 2, Cost.), che costituisce la traduzione normativa dell'elaborazione gramsciana relativa alla complessità della rivoluzione in Occidente<sup>40</sup>.

Un programma di trasformazione imperniato sul ruolo dinamico della sovranità popolare, sulla rete delle assemblee elettive locali, sul ruolo centrale del Parlamento e sui poteri di programmazione e di controllo dell'attività economica pubblica e privata<sup>41</sup>.

In nome dell'attuazione di questo programma, le lotte operaie degli anni Settanta riuscirono a imporre la sperimentazione di inedite forme di programmazione economica a fini sociali, incentrate sulla partecipazione dei Consigli di fabbrica, dei Comitati di zona e di

---

<sup>37</sup> Cfr. K. Marx, *Tesi su Feuerbach*, in K. Marx, F. Engels, *Opere scelte*, cit., p. 190, il quale nella Tesi XI afferma: "I filosofi hanno soltanto variamente interpretato il mondo; si tratta ora di cambiarlo". A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 1270, sostiene come tale Tesi non possa "essere interpretata come un gesto di ripudio di ogni forma di filosofia, ma solo di fastidio per i filosofi e il loro psittacismo e l'energica affermazione di una unità tra teoria e pratica".

<sup>38</sup> Cfr. sul punto, A. Tonelli, *A scuola di politica. Il modello comunista di Frattocchie (1944-1993)*, Bari-Roma, 2017.

<sup>39</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Il governo parlamentare presidio fondamentale della democrazia economico sociale*, in *Marxventuno*, n. 2/2013.

<sup>40</sup> Sulla Costituzione italiana come "costituzione aperta e socialmente avanzata", fondata su un complesso di "principi progressivi" deputati a svolgere una funzione di "ponte verso il socialismo", cfr. A. Pesenti, *La struttura sociale*, cit., p. 287; C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, p. 63. G. Ferrara, *Riflessioni sul diritto*, cit., p. 115, osserva come l'art. 3, c. 2, della Costituzione, contenga "la parafrasi normativa delle conclusioni del secondo paragrafo del *Manifesto* del 1848 di Marx e di Engels".

<sup>41</sup> Sulla differenza tra intervento pubblico nell'economia, volto alla salvaguardia della continuità del processo di accumulazione della ricchezza, e intervento pubblico nell'economia a fini sociali, cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, pp. 1749, 1750.

quartiere<sup>42</sup>, in sintonia con le elaborazioni di Pietro Ingrao<sup>43</sup> e del CRS, cui Salvatore d'Albergo offrì un essenziale contributo teorico-politico<sup>44</sup>.

In numerosi lavori d'Albergo ha analizzato le cause del passaggio dal processo di *democratizzazione*, innescato dalle lotte degli anni Settanta, a quello di *modernizzazione* avviato dagli oligopoli negli anni Ottanta con lo scopo di ripristinare le condizioni di governabilità e stabilità economica, considerate necessarie per garantire il funzionamento di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza<sup>45</sup>.

Egli osservò come il processo di espansione della democrazia fu interrotto mediante la tessitura di un nesso sempre più stretto tra esecutivi nazionali ed esecutivi sovranazionali<sup>46</sup> al fine di ripristinare in un più vasto ambito la forma di stato autoritaria e liberista ripudiata dai Costituenti<sup>47</sup>.

Un rilevante contributo a tale esito regressivo fu fornito dalla possente offensiva ideologica scatenata dagli oligopoli privati che riuscirono a diffondere nel mondo, specie in quello accademico, un senso comune favorevole agli indirizzi neoliberisti che evidenziavano la necessità di combattere l'inflazione mediante il rafforzamento delle istituzioni monetarie e la stabilità dei bilanci, nella convinzione, priva di qualsiasi sostegno teorico, che sia sufficiente dare spazio ai profitti per conseguire l'aumento degli investimenti e quindi dell'occupazione.

D'Albergo denunciò come, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, si manifestò nell'ambito delle scienze sociali e, in particolare, delle scienze giuridiche, un revisionismo

---

<sup>42</sup> Cfr. M. Gambilonghi, *Il PCI e la riforma dello Stato negli anni Settanta: centralità del parlamento e "rete delle assemblee elettive"*, in *Dem. dir.*, n. 1/2016, pp. 169 ss.

<sup>43</sup> Cfr. P. Ingrao, *Masse e potere*, cit.

<sup>44</sup> Sull'esperienza del CRS, cfr. il n. 1-2/2010 di *Dem e dir.*, dedicato ai "*Cinquant'anni di Democrazia e diritto*" e specie il contributo di S. d'Albergo, *Con Marx e senza Marx. La vicenda teorica di Democrazia e diritto*.

<sup>45</sup> Cfr. S. d'Albergo, *La Costituzione tra democratizzazione e modernizzazione*, ETS, Pisa, 1996; Id., *La Costituzione tra le antitesi ideologiche. Dopo il referendum del 2006*, Roma, 2008. Sul progetto neoliberista come reazione alle lotte degli anni Settanta, cfr. A. Burgio, *Senza democrazia. Un'analisi della crisi*, Roma, 2009, pp. 211. Sulla "rapidità di circolazione" del capitale che rende lo "sviluppo del capitalismo [...] una continua crisi", cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, pp. 1756, 1757.

<sup>46</sup> Sul "mutamento costituzionale" che si sarebbe dovuto realizzare mediante un "vincolo esterno" idoneo ad "aggirare il Parlamento" ed a consentire di costruire "altrove" un ordinamento fondato "su nozioni che non avevano trovato albergo nella Costituzione italiana", quali "la stabilità economica e il pareggio di bilancio", cfr. G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, a cura di P. Peluffo, Roma-Bari, 1996, pp. 389 ss. e pp. 432 ss.

<sup>47</sup> Sull'Unione europea come "Superstato [...] forte e indipendente" cui sono affidati "compiti di severa polizia del mercato" e della "concorrenza", cfr. A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, pp. 21, 49 ss., 56 ss., 186 ss.

che mirava a delegittimare le fondamenta dello Stato democratico-sociale<sup>48</sup> al fine di uniformarlo al sistema dell'Unione Europea, i cui Trattati contengono principi contrastanti con i Principi fondamentali della Costituzione italiana<sup>49</sup>.

Le linee di questa controffensiva<sup>50</sup> furono tracciate da due documenti: il Rapporto alla Commissione Trilaterale che evidenziò la necessità di ridurre il “sovraccarico di domande” al fine di garantire la stabilità economica<sup>51</sup> e il Piano di Rinascita democratica della Loggia massonica P2 che ribadì la necessità di assicurare la governabilità mediante l'introduzione del presidenzialismo, la riduzione dei poteri del Parlamento, la revisione della legislazione sociale e l'abolizione del diritto di sciopero<sup>52</sup>.

Negli scritti di contenuto maggiormente politico d'Albergo evidenziò come anche la maggioranza dei dirigenti del PCI non restò insensibile al canto delle sirene della globalizzazione ed iniziò ad operare per un mutamento degli orientamenti del partito, il quale abbandonò, progressivamente, la prospettiva dell'attuazione della Costituzione per accogliere, nella propria cultura politica, concetti propri delle dottrine neoliberali, quali il mercato, la moneta, il pil, le liberalizzazioni e le privatizzazioni.

Lo scenario in cui il PCI intendeva muoversi implicava dunque una modificazione dell'assetto costituzionale con il passaggio dal sistema proporzionale a quello maggioritario che fu introdotto, nel 1993, con il sostegno del partito, divenuto nel frattempo PDS<sup>53</sup>.

A partire da quel momento le forze politiche di centrodestra e di centrosinistra, organizzate in coalizioni ideologicamente omogenee, in quanto espressive degli interessi di frazioni

<sup>48</sup> Cfr. S. d'Albergo, *La Costituzione del 1948 tra revisionismo storico e revisionismo giuridico*, in *La Contraddizione*, n. 106/2005, pp. 17, 18. Sul tema cfr. anche G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006, p. 272. Sul ruolo svolto dagli intellettuali nella diffusione dell'ideologia neoliberista, cfr. S. Amin, *I mandarini del capitale globale*, Roma, 1994; E. W. Said, *Cultura e imperialismo*, Roma, 1998.

<sup>49</sup> Cfr. V. Giacché, *Costituzione italiana contro Trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Reggio Emilia, 2015.

<sup>50</sup> Sulle strategie palesi ed occulte attraverso le quali si ostacolò processo di attuazione della Costituzione, cfr. S. d'Albergo, *La Costituzione del 1948*, cit. Sul tema, cfr. anche F. M. Biscione, *Il sommerso della Repubblica. La democrazia italiana e la crisi dell'antifascismo*, Torino, 2003; G. Turone, *Italia occulta*, Milano, 2019; A. Ventrone (a cura di), *L'Italia delle stragi*, Roma, 2019; M. J. Cereghino e G. Fasanella, *Le menti del doppio Stato*, Milano, 2020.

<sup>51</sup> Cfr. M. J. Crozier, S. P. Huntington e J. Watanuki, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, 1977, pp. 168 ss.

<sup>52</sup> Cfr. S. d'Albergo e A. Catone, *Lotte di classe*, cit., pp. 127 ss. e pp. 230 ss.

<sup>53</sup> Sul tema cfr. L. Canfora, *La trappola. Il vero volto del maggioritario*, Palermo, 2013, p. 23; A. Algostino, *La legge elettorale del neoliberalismo*, in *Dem. e dir.*, n. 2/2014, p. 106.

della stessa classe borghese, si alternano al governo del sistema capitalistico considerato imm modificabile e insuperabile<sup>54</sup>.

D'Albergo fece sempre rilevare come in questo modo i lavoratori furono abbandonati al loro destino e sottoposti ad indirizzi politici neoliberisti stabiliti da oligarchie semi-rappresentative, disposte solo a concedere forme di assistenzialismo condizionate dai vincoli di un bilancio gestito con criteri privatistici simili a quelli delle imprese<sup>55</sup>.

Egli era consapevole che “un individuo e un libro” non possono modificare “la realtà esistente”, ma possano interpretarla, indicando alle “forze storiche concrete”, la “linea d'azione” capace di mutarla “in modo concreto e di portata storica”<sup>56</sup>.

Nei suoi lavori sollecitò pertanto le forze politiche autenticamente democratiche a ingaggiare una lotta per il ripristino del sistema proporzionale puro, poiché esso non rappresenta solo un meccanismo per tradurre i voti in seggi, bensì costituisce lo strumento essenziale per dare impulso alla sovranità popolare e quindi per consentirle di attivare il processo di trasformazione previsto dalla Costituzione (art. 3, c. 2, Cost.), la cui realizzazione richiede l'instaurazione di un *continuum* rappresentativo tra le forme del pluralismo sociale e politico, le assemblee elettive locali e il Parlamento come centro di confluenza, elaborazione e sintesi delle istanze provenienti dai territori<sup>57</sup>.

In un saggio dedicato alla riflessione gramsciana sulla “questione dello Stato”<sup>58</sup>, d'Albergo osserva che Gramsci riuscì a cogliere il “carattere oggettivamente costituente” delle elezioni del 1919 perché si svolsero con il sistema *proporzionale* che potenziava i diritti politici dei cittadini e consentiva di evitare le “falsificazioni delle posizioni politiche” proprie del “collegio uninominale”<sup>59</sup>. Nell'epoca presente invece i dirigenti di tutte le forze politiche non riconoscono “portata formalmente costituzionale” al sistema proporzionale

<sup>54</sup> Cfr. S. d'Albergo, A. Catone, *Lotte di classe*, cit., pp. 208, 249, 250, 268. Sul tema, cfr. anche D. Losurdo, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, p. 308; C. De Fiores, *Riforme costituzionali e bicameralismo*, in *Dem. e dir.*, n. 1/2014, p. 42; G. Ferrara, *Il bipolarismo coatto*, in *Il Ponte*, n. 3/2007, p. 22.

<sup>55</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Il vero baratro è il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *MarxVentuno*, n. 2/2012, p. 6.

<sup>56</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 990.

<sup>57</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Perché ogni sistema maggioritario è contro il suffragio universale*, in *MarxVentuno*, n. 1-2/2017.

<sup>58</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Diritto e Costituzione. La questione dello Stato in Gramsci*, in *Gramsciana*, n. 6/2018, pp. 11 ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 1166 e vol. III, p. 2005.

che costituisce l'unico strumento capace di garantire l'espressione del pluralismo politico e sociale e quindi "lo sviluppo in senso democratico della società e dello Stato"<sup>60</sup>

Un'altra importante indicazione che può trarsi dagli studi di d'Albergo riguarda la necessità di superare l'attuale crisi democratica, restituendo ai partiti politici la funzione di tramite fra la società civile e la società politica. Il ripristino di tale funzione presuppone tuttavia la realizzazione di una riforma democratica dei partiti, le cui linee-guida possono essere desunte dalla teoria gramsciana del *partito della transizione*, che costituisce la parte fondamentale della sua concezione dello Stato<sup>61</sup>.

D'Albergo ritiene infatti che le riflessioni di Gramsci sul partito costituiscano un contributo prezioso per le scienze sociali e specie per il diritto pubblico perché, configurando i rapporti tra base e vertice del partito in modo democratico, prefigurano, nel contempo, un modello di Stato-comunità fondato non sul predominio degli esecutivi, ma sul collegamento tra società civile e società politica e, quindi, sull'«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, c. 2 Cost.)<sup>62</sup>.

Per Gramsci i partiti governati dall'alto non possono che produrre forme di governo verticistiche ed autoritarie, sicché le forze che mirano ad edificare un nuovo tipo di Stato, devono dotarsi di partiti organizzati sulla base di rapporti paritari in grado di potenziare la capacità di analisi e di decisione dei loro "membri [...] considerati tutti [...] come intellettuali"<sup>63</sup> e coinvolti pertanto in un lavoro collegiale essenziale, al fine di affrontare in modo organico la complessa problematica dei rapporti tra società, economia e Stato<sup>64</sup>. In tale contesto dovrebbero essere riconosciuti, a tutti gli iscritti, poteri di iniziativa, di proposta e di revoca<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Cfr. S. d'Albergo, *Diritto e Costituzione*, cit., p. 18. Sul tema cfr. anche M. Della Morte, *Partiti e cultura elettorale: considerazioni sul PCI e sulle "condizioni della società italiana"*, in *Dem. e dir.*, n. 1 /2021, pp. 198 ss.

<sup>61</sup> Sulla "teoria politica del partito" come "cuore della teorizzazione complessiva di Gramsci", cfr. S. d'Albergo, *Diritto e Costituzione*, cit., p. 26. Sul punto cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, pp. 1807-1809.

<sup>62</sup> C. De Fiore, *Alcune osservazioni, su popolo, stato e sovranità nella Costituzione italiana. A quarant'anni dal contributo di G. Ferrara*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. II, pp. 178, 179, 180, 182, osserva come nel modello di Stato-comunità, la sovranità popolare non si esaurisca nella scelta elettorale, ma si esprima soprattutto mediante le forme di democrazia organizzata nel territorio e la loro capacità di rappresentare le istanze della collettività. Sul punto, cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, pp. 1555-1561 e pp. 1752-1755.

<sup>63</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, p. 1522.

<sup>64</sup> Cfr. P. Togliatti, *La formazione del gruppo dirigente del partito comunista italiano*, Roma, 1962, p. 35.

<sup>65</sup> Cfr. S. d'Albergo, *"Sociale" e "politico" nell'organizzazione della democrazia*, in *Pianeta futuro*, n. 5/2005, pp. 2, 3.

Un partito considerato quindi come un *moderno principe* produttore di nuove intellettualità<sup>66</sup> e capace pertanto di anticipare, al suo interno, le caratteristiche egualitarie da infondere alla futura organizzazione della società e dello Stato<sup>67</sup>.

Nell'ultimo trentennio, i dirigenti delle forze politiche di sinistra sono divenuti invece alfieri della teoria della governabilità e dunque promotori di proposte antipartitiche ed antiparlamentari, sicché dai partiti che “nella società civile elaboravano indirizzi politici” ed “educavano uomini [...] in grado di applicarli”, si è passati ad un “regime di partiti della peggior specie”, che “operano nascostamente, senza controllo” e sono dominati “da camarille e influssi personali non confessabili”<sup>68</sup>, attraverso i quali si alimenta l’“apoliticismo animalesco” dei “‘capi-partito’ per grazia di dio o dell’imbecillità di chi li segue”<sup>69</sup>.

Si assiste pertanto al predominio, nella società e nello Stato, della *burocrazia*, ovvero della “forza consuetudinaria e conservatrice più pericolosa”, poiché costituisce “un corpo solidale” che “sta a sé e si sente indipendente dalla massa”<sup>70</sup>.

Il lascito di Salvatore d’Albergo alle nuove generazioni di costituzionalisti può essere individuato dunque nella sollecitazione a superare le separatezze disciplinari per affrontare, in modo organico, nella prospettiva della storia, le grandi tematiche del diritto, dello Stato e dell’economia, col fine di svelare i complessi meccanismi tramite cui i concetti gerarchici ed antisociali, elaborati per garantire la continuità dell’organizzazione del potere, riescono a tradursi in norme ed istituzioni che ostacolano la realizzazione del programma di emancipazione individuale e sociale previsto dalla Costituzione.

Ai giovani studiosi egli rammentava, del resto, l’insegnamento di Gramsci secondo cui una “scarsa comprensione dello Stato significa scarsa coscienza di classe” ed evidenziava pertanto la necessità di analizzarlo approfonditamente “anche quando lo si attacca per rovesciarlo”<sup>71</sup>.

**Abstract:** Lo scopo del presente lavoro è di stimolare le nuove generazioni di studiosi di diritto costituzionale, ad approfondire l’opera di un giuspubblicista considerato dai più

<sup>66</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. III, pp. 1555-1561 e pp. 1752-1755.

<sup>67</sup> Cfr. S. d’Albergo, *Diritto e Costituzione*, cit., pp. 15, 26, 27, 29.

<sup>68</sup> Cfr. A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., vol. II, p. 1809.

<sup>69</sup> Cfr. *Ibidem*, vol. III, pp. 1753, 1754.

<sup>70</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 1604.

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, vol. I, p. 326.



eretico, poiché, ispirandosi alla concezione gramsciana della filosofia della prassi, avvertita come espressiva della responsabilità della funzione sociale dell'intellettuale, perseguì la pratica di *dire la verità al potere*. Lo scritto mira dunque a delineare le caratteristiche del metodo usato da Salvatore d'Albergo nell'analisi del diritto pubblico e costituzionale. Un metodo ispirato alla gramsciana filosofia della prassi e quindi di carattere interdisciplinare ed inserito nella prospettiva della storia, il quale mirava ad una conoscenza unitaria e organica e dunque critica della realtà. Di tale metodo si individuano alcune applicazioni nella demistificazione della categoria della *costituzione materiale* elaborata da Sergio Panunzio e sviluppata da Costantino Mortati e nella critica alla teoria di Norberto Bobbio sull'"inesistenza di una teoria marxista dello stato". Dalla vasta opera di d'Albergo si individuano poi alcuni saggi che analizzano criticamente le cause del passaggio dalla fase del processo di democratizzazione degli anni Settanta, alla fase del processo di modernizzazione degli anni Ottanta del Novecento, sino alla fase attuale caratterizzata da una profonda crisi democratica, economica, sociale e ambientale. Dalla riflessione di d'Albergo si traggono, inoltre, alcune indicazioni preziose per uscire dalla fase di regresso e per riprendere un percorso democratico e progressivo.

**Abstract:** The aim of this paper is to stimulate the new generations of constitutional law scholars to deepen the work of a legal expert considered by the most heretical, since, inspired by the Gramscian idea of the philosophy of praxis, perceived as expressive of the responsibility of the social function of intellectual, pursued the practice of "telling the truth to power". The paper therefore aims to outline the characteristics of the method used by Salvatore d'Albergo in the analysis of public and constitutional law. A method inspired by the Gramscian philosophy of praxis and therefore of an interdisciplinary nature and inserted in the perspective of history, which aimed at a unitary and organic knowledge and therefore critical of reality. Some applications of this method can be identified in the demystification of the category of "material constitution" developed by Sergio Panunzio and developed by Costantino Mortati and in the criticism of Norberto Bobbio's theory on the "non-existence of a Marxist theory of the state". From the vast work of d'Albergo, some essays can then be identified that critically analyze the causes of the transition from the phase of the democratization process of the seventies, to the phase of the modernization process of the eighties of the twentieth century, up to the current phase characterized by a profound

democratic, economic, social and environmental crisis. Furthermore, some valuable indications are drawn from the reflection of d'Albergo to get out from the phase of regression and to start again a democratic and progressive path.

**Parole chiave:** costituzionalismo – realtà – storia – rivoluzione – materialismo storico.

**Key words:** constitutionalism – reality – history – revolution – historical materialism.

## ***IURA NOSCENDA ESSET CURIA, NON SCIENTIA: IL CONSIGLIO DI STATO RESPINGE IL RICORSO DEI SANITARI E CONFERMA LA LEGITTIMITÀ DELL’OBBLIGO DI VACCINAZIONE ANTI-COVID. PRIME NOTE CRITICHE ALLA SENTENZA \****

di Alessandra Camaiani \*\*

“Mais les juges de la nation ne sont,  
comme nous avons dit,  
que la bouche qui prononce les paroles de la loi;  
des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer  
ni la force ni la rigueur”  
(Montesquieu, *Esprit des Lois*, XI, chap.VI).

**Sommario.** 1. Il caso. – 2. La questione. – 3. Le soluzioni giuridiche offerte. – 3.1. L’attendibilità del trattamento obbligatorio, ovvero la capacità del vaccino a sortire effetti utili in rapporto allo scopo per cui è adottato. Quale prevenzione nella diffusione del contagio? – 3.2. La sicurezza del vaccino obbligatorio, ovvero della sua inattitudine a determinare effetti collaterali a breve e/o a lungo termine sulla salute dei vaccinati. – 3.3. Il bilanciamento tra valori confliggenti: alla luce dei dubbi scientifici sulla efficacia e sulla sicurezza dei vaccini, è davvero una questione di solidarietà? – 4. Osservazioni conclusive.

### **1. Il caso.**

Il Consiglio di Stato ha rigettato nel merito l’appello proposto da diversi esercenti professioni sanitarie e operatori d’interesse sanitario avverso l’obbligo di vaccinazione anti-Sars-Cov-2, introdotto dall’art. 4, d.l. n. 44/2020 (conv. con modificazioni nella l. n. n.76/2021), ritenendo infondate tutte le censure d’illegittimità formulate, fatta eccezione per il capo concernente l’ammissibilità del ricorso collettivo.

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Avvocato del Foro di Prato.

Proprio con tale tipo di ricorso, gli stessi sanitari avevano già posto in contestazione davanti al TAR Friuli l'obbligo di vaccinazione contro la Covid, lamentando diversi profili d'illegittimità della norma, sia in chiave costituzionale, che con riguardo al diritto sopranazionale, ritenendo violati parametri CEDU e CDFUE.

Soccombenti in primo grado, ove il TAR ha ritenuto di non poter accogliere il ricorso, difettando i presupposti oggettivi e soggettivi del *simultaneus processus*, i sanitari hanno impugnato la pronuncia al Consiglio di Stato, ripresentando tutte e dieci le censure di merito già avanzate in prime cure.

## 2. La questione.

In premessa gli appellanti hanno sostenuto che il breve tempo impiegato per gli studi sui vaccini non avrebbe consentito di ottenere le condizioni di sicurezza e di efficacia richieste per l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, adottato in conformità all'art.32, c. 2, Cost., ultimo alinea.

Nella loro tesi, sarebbero le stesse case farmaceutiche ad avere dichiarato il carattere incompleto degli studi svolti. Da ciò dipenderebbero le incertezze concernenti la capacità dei vaccini ad integrare mezzi idonei di prevenzione, sia nei confronti dei terzi che per i vaccinati stessi (dal rischio di ricaduta nella malattia), nonché le incertezze sulla durata della loro efficacia. Sempre le ditte produttrici dei vaccini avrebbero, inoltre, confermato di ignorare le possibili conseguenze lungolatenti ritraibili dalla loro somministrazione.

Pertanto, nella ricostruzione degli appellanti, la scelta del legislatore d'imporre il trattamento sarebbe illegittima proprio allorché integra una prescrizione di dubbia utilità, avuto riguardo agli scopi per cui la norma viene introdotta nell'ordinamento (la prevenzione dal contagio), e sarebbe comunque connotata da un significativo margine d'incertezza circa i possibili effetti negativi sulla salute di chi riceve il trattamento.

A riprova dell'assunto starebbe il rilascio di autorizzazioni condizionate alla messa in commercio (in sigla, CMA, *Conditional marketing authorisation*), che impongono la prosecuzione degli studi e il monitoraggio sull'efficacia e la sicurezza dei farmaci proprio

per sopperire *ex post* a questo deficit di conoscenze<sup>1</sup>.

I sanitari, quindi, hanno assunto violato l'art. 3 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea (CDFUE), secondo cui «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica», da interpretare in modo convenzionalmente orientato, ai sensi dell'art. 52 CDFUE, ritenuto altrettanto violato, nonché l'art. 8 CEDU, sul rispetto alla vita privata e familiare, e l'art. 32 Cost. sotto plurimi profili.

Tra questi ultimi, principalmente, si è rilevato come il diritto all'autodeterminazione delle cure non potrebbe accompagnarsi a un obbligo che prescinda dalla garanzia delle condizioni di sicurezza ed efficacia del trattamento<sup>2</sup>, *condiciones sine quibus non* di una legittima imposizione, come tale -peraltro- ontologicamente non confortata dal consenso del destinatario.

Si è ritenuto, inoltre, illogico e sproporzionato imporre il vaccino anche a soggetti già caduti nella malattia, considerati naturalmente immuni, chiedendo al Consiglio di Stato d'investire la Consulta della valutazione di legittimità della norma nella parte in cui non iscrive questo caso tra i presupposti per il differimento o l'esenzione dal trattamento, stante la sicura inidoneità e il carattere non necessario dell'obbligo -almeno in tal caso- ai fini per cui è previsto<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Come descritto dall'EMA: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/pharmacovigilance/medicines-under-additional-monitoring>

<sup>2</sup> A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda la risorsa on-line P. Doshi, *Pfizer and Moderna's "95% effective" vaccines—we need more details and the raw data*, in *BMJ*, n. 4/2021, dove l'autore si domanda: "Vaccine efficacy in people who already had covid? Individuals with a known history of SARS-CoV-2 infection or previous diagnosis of Covid-19 were excluded from Moderna's and Pfizer's trials. But still 1125 (3.0%) and 675 (2.2%) of participants in Pfizer's and Moderna's trials, respectively, were deemed to be positive for SARS-CoV-2 at baseline. Vaccine safety and efficacy in these recipients has not received much attention, but as increasingly large portions of many countries' populations may be 'post-Covid', these data seem important—and all the more so as the US CDC recommends offering vaccine 'regardless of history of prior symptomatic or asymptomatic SARS-CoV-2 infection'. This follows on from the agency's conclusions, regarding Pfizer's vaccine, that it had ≥92% efficacy and 'no specific safety concerns' in people with previous SARS-CoV-2 infection. By my count, Pfizer apparently reported 8 cases of confirmed, symptomatic Covid-19 in people positive for SARS-CoV-2 at baseline (1 in the vaccine group, 7 in the placebo group, using the differences between Tables 9 and 10) and Moderna, 1 case (placebo group; Table 12). But with only around four to 31 reinfections documented globally, how, in trials of tens of thousands, with median follow-up of two months, could there be nine confirmed covid-19 cases among those with SARS-CoV-2 infection at baseline? Is this representative of meaningful vaccine efficacy, as CDC seems to have endorsed? Or could it be something else, like prevention of covid-19 symptoms, possibly by the vaccine or by the use of medicines which suppress symptoms, and nothing to do with reinfection?" (<https://blogs.bmj.com/bmj/2021/01/04/peter-doshi-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data/> and following clarification at the link <https://blogs.bmj.com/bmj/2021/02/05/clarification-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data/>).

Dalla considerazione per cui il vaccino non costituirebbe misura idonea alla prevenzione dal contagio deriverebbe, altresì, il contrasto dell'art. 4, d.l. n. 44/21 con l'art. 3 Cost. sotto i diversi profili della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'uguaglianza.

In una logica di equilibrato bilanciamento tra valori contrapposti, si è sostenuto che il legislatore avrebbe dovuto prediligere gli strumenti implicanti il minor sacrificio degli interessi in conflitto, in omaggio al principio di proporzionalità, riconoscendo nell'imposizione del trattamento l'*extrema ratio*.

L'art. 3 Cost. sarebbe violato anche laddove l'obbligo, destinato alla sola categoria dei professionisti sanitari, assumerebbe un carattere discriminatorio, sprovvisto di ogni giustificazione logica, sempre in forza della dedotta inidoneità dei vaccini a schermare dalla diffusione del contagio.

Altro argomento sostenuto dagli appellanti nel ricorso concerne, poi, la violazione degli artt. 9 e 33 Cost. Concentrare nell'obbligo di vaccinazione tutte le risposte istituzionali alla Covid, prediligendo quindi l'opzione preventiva anziché quella curativa, impedirebbe il progresso della ricerca scientifica e vanificherebbe il principio di libertà della scienza, obbligando soggetti dotati delle competenze necessarie ad accettare la vaccinazione, anziché prediligere misure alternative comunque idonee al raggiungimento della finalità perseguita dalla legge (qui da intendere come capacità ultima a debellare il virus e la malattia).

Infine, gli appellanti hanno lamentato la violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 35 e 36 Cost. in rapporto alla conseguenza prevista per l'inadempimento dell'obbligo: la sospensione dell'esercizio professionale confliggerebbe, nella loro ricostruzione, con la tutela del principio lavoristico, perno repubblicano ex art. 1 Cost. Conseguentemente, sarebbero stati sostanzialmente soppressi il diritto al lavoro e alla retribuzione, quindi le risorse necessarie ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa ai lavoratori colpiti dalle sanzioni, nonché alle loro famiglie.

### 3. Le soluzioni giuridiche offerte.

Venendo alle soluzioni offerte dal Consiglio di Stato, appaiono di notevole rilevanza i due punti preliminari in rito, dei quali preme dare atto, pur per cenni, volendosi soffermare in

questa sede sui soli motivi di merito della pronuncia, concernenti la vaccinazione obbligatoria e la sua compatibilità costituzionale.

La sentenza avvia confermando la legittimità della pronuncia in forma semplificata, emessa *ex art. 60 c.p.a.* dal TAR Friuli, posto che non implica una superficiale trattazione del caso e la cui adozione è opponibile solo immediatamente, in udienza, con la riserva sui motivi aggiunti e senza possibilità d'impugnazione in appello.

Va segnalato, inoltre, il passaggio sulla *unitarietà funzionale* della domanda collettiva promossa dagli appellanti: la Corte ha escluso l'eterogeneità delle loro posizioni, nonostante svolgano professioni diverse e la fase procedurale in cui si trovavano attinti al momento della proposizione del ricorso fosse tra gli stessi differenziata. La giurisprudenza amministrativa più recente si è, invero, orientata verso concezioni teleologiche e non formali delle condizioni per proporre legittimamente ricorso collettivo<sup>4</sup>. Di talché, anche all'opportuno fine di arrestare *in apicibus* il potenziale rischio di frammentazione della domanda in molteplici azioni fotocopia, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistere i presupposti per la trattazione in *simultaneus processus* dei ricorsi, in quanto gli appellanti vertono tutti nella medesima posizione sostanziale. Essi sono destinatari dell'obbligo vaccinale ed esclusivamente contro questo rivolgono le loro istanze processuali, contestandone in radice la legittimità.

La sentenza in commento risulta interessante anche per un paio di *obiter dicta*, che ivi si riportano ancora per cenni. In primo luogo, il Consiglio di Stato ha dichiarato di non condividere la tesi sostenuta dagli appellanti secondo cui l'art. 4, d.l. n. 44/21 avrebbe natura di legge-provvedimento («19. [...] di cui non ha invece i requisiti poiché, a tacer d'altro, non eleva a livello legislativo una disciplina già oggetto di un atto amministrativo: v., sulle leggi-provvedimento, Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116»). In tal modo, parrebbe essersi posto fine a una tendenza contraria registrata nella giurisprudenza di merito che sosteneva la natura ibrida dell'atto<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Tuttavia, si veda Consiglio di Stato, sentenza n. 2341/2021, con nota di A. Camaiani, *Accesso alla giustizia amministrativa: i presupposti di ammissibilità del ricorso collettivo*, in *Italiappalti*, Marzo 2021.

<sup>5</sup> Sia consentito, in senso conforme, un rinvio ad A. Camaiani, *Il Tar Lecce riconosce al DL n. 44/21 natura di legge-provvedimento*, in *Italiappalti*, settembre 2021, ove si sostiene la certa natura normativa del d.l. e il carattere vincolato del potere amministrativo con riguardo all'*an* sanzionatorio, ma accompagnato dalla discrezionalità nel *quomodo*. L'osservazione per cui l'effetto lesivo della posizione giuridica soggettiva della ricorrente in quella pronuncia si determinerebbe direttamente *ex lege* non implica che l'atto abbia natura ibrida. Piuttosto, si tratta di un atto vincolato dell'amministrazione che non esclude, come noto, l'esercizio di un potere della PA. Peraltro, la modularità scalare delle sanzioni individuata dal legislatore parrebbe confermata anche dalla pronuncia del TAR Puglia, ove si legge: «la dirigenza sanitaria non ha altra scelta che



Un secondo importante passaggio motivazionale, slegato dal contenuto dell'impugnazione proposta, ma già in grado di gettare una luce (o piuttosto un'ombra?) sull'impostazione interpretativa del Consiglio di Stato in materia, attiene alla normativa sul c.d. *green pass*.

Nell'opinione della Corte, l'esperienza francese del pass sanitario, validato dal *Conseil constitutionnel* con pronuncia n. 824/21, consente di concludere che il diritto al lavoro – sotto specie di diritto alla retribuzione – detenga un carattere recessivo di fronte a una misura introdotta allo scopo di proteggere la salute, limitando la propagazione dell'epidemia.

Va notato, però, come tale funzionalizzazione alla tutela della salute sembri mancare nella legge interna, piuttosto rivolta alla ripresa delle attività economiche<sup>6</sup>, e come la stessa capacità della misura ad apportare benefici effettivi per la salute risulti quantomeno incerta<sup>7</sup>.

Maggiormente, non persuade la comparazione dei due ordinamenti, italiano e francese, svolta dal Consiglio di Stato in ordine al diritto al lavoro.

Pur non potendo in questa sede sviluppare approfonditamente il ragionamento, sia sufficiente considerare che non rileva il lavoro come diritto fondamentale; piuttosto, è il lavoro come *Grundnorm* dell'ordinamento nazionale, dunque come presupposto fondativo della forma di Stato democratica, a far propendere *-in parte qua-* per l'incostituzionalità della norma sul *green pass*. Trattandosi di categorie diverse, sia in termini giuridici che

---

adottare uno dei provvedimenti prescritti dal legislatore, potendo però apprezzare in concreto il tipo sanzionatorio, alla luce delle peculiarità fattuali che la singola posizione soggettiva involge».

<sup>6</sup> Su questo, basti considerare la rubrica normativa che non direttamente si appunta sulla salute, ma «per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche», dovendo assegnare al dato formale – la funzionalizzazione all'interesse economico – un carattere anteposto all'interesse alla salute (come dimostra, invece, la rubrica espressamente rivolta alla tutela della salute di altre norme adottate durante l'emergenza; ad esempio, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, ove il termine «nonché» evidenzia il distinguo tra attività economiche e sociali e salute pubblica. Ma si pensi anche al diverso *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*).

<sup>7</sup> Tanto da essere ormai emersa la necessità di correre ai ripari, invocando un uso lato dei tamponi, in quanto unico strumento idoneo a garantire tempestivamente l'assenza d'infezione. Sul punto si veda la risorsa *online* M.J. Mina, *Rapid Tests Are the Answer to Living With Covid-19*: “the White House should also treat rapid testing with the same urgency and private sector partnership approach that Operation Warp Speed pioneered for vaccines [...] for public health purposes, we need fast, accessible tests that answer the question, ‘Am I infectious now?’ Rapid tests can help prevent spread to your child, spouse, friend, colleague, classmate or the stranger sitting next to you at dinner”, <https://www.nytimes.com/2021/10/01/opinion/rapid-tests-covid.html>, October, n. 1/2021.

ontologici, lavoro (inteso nel senso appena chiarito) e diritti, ancorché fondamentali, non sono bilanciabili proprio in quanto appartenenti a generi diversi e tra loro incommensurabili<sup>8</sup>.

### **3.1. L'attendibilità del trattamento obbligatorio, ovvero la capacità del vaccino a sortire effetti utili in rapporto allo scopo per cui è adottato. Quale prevenzione nella diffusione del contagio?**

Venendo alle soluzioni offerte dal Consiglio di Stato alle censure d'incostituzionalità dell'obbligo vaccinale richiamate *supra*, occorre muovere dalla ritenuta attendibilità dei farmaci.

La Corte, infatti, fonda sostanzialmente su tale argomento il rigetto di tutte e dieci le censure proposte dagli appellanti; argomento cui affianca una valutazione di sicurezza sui farmaci autorizzati, pur nella forma condizionata, dalle Autorità preposte. A una simile soluzione si perviene sul presupposto che ognuna delle contestazioni mosse dagli appellanti all'art. 4, d.l. n. 44/21 muoverebbe da assunti di fatto non veri o non dimostrati, ovvero palesemente sconfessati da dati e documentazione ufficiale.

Quanto all'argomento per cui la procedura di autorizzazione accelerata alla messa in commercio non determinerebbe alcun *vulnus* alla sicurezza e all'attendibilità dei farmaci che ne costituiscono oggetto, preme notare, in via generale, che il metodo popperiano, ormai assunto a modello paradigmatico dell'espressione scientifica, ritiene la falsificazione criterio di validità e di validazione – appunto – scientifica.

Tale metodo consta nella ripetizione delle tesi e nella loro sperimentazione perpetrata. Perciò, ha un carattere di perfettibilità immanente e irrisolvibile, ma si lega comunque al dato cronologico secondo un rapporto di proporzionalità diretta: all'aumentare del tempo di sperimentazione aumenta anche il grado di attendibilità della proposta scientifica.

Sicché, sebbene la procedura di valutazione farmacologica compiuta sui vaccini anti-Sars-Cov-2 non sia da squalificare in sé e per sé con una presunzione assoluta d'inattendibilità,

---

<sup>8</sup> Come acutamente sostenuto da A. Lucarelli, *Vaccini e lotta al Covid: sconfiggere la pandemia rispettando la Costituzione*, nella risorsa *on-line* disponibile al link <https://italialibera.online/politica-societa/vaccini-e-lotta-al-covid-sconfiggere-la-pandemia-utilizzando-la-costituzione/>

nemmeno si può pervenire, all'opposto, ad assegnarvi una capacità speciale, derogatoria delle ordinarie regole di valutazione scientifica, al fine di giustificare il trattamento in nome dell'emergenza<sup>9</sup>.

Lo stesso rapporto dell'ISSN, erroneamente richiamato dal Consiglio di Stato al punto 27.6 della sentenza come relativo ai dati 4 aprile-31 agosto (ma concernente, in realtà, una diversa finestra temporale), impiega più volte i termini *stima* e *aggiustamenti: si stima e si approssima*, senza mai *conclamare* alcun effetto netto di riduzione del rischio da infezione<sup>10</sup>. È, quindi, la stessa Autorità sanitaria a non esprimersi nel modo lapalissiano della Corte, che nella pronuncia in commento va addirittura oltre gli approdi scientifici, assegnando al vaccino una capacità schermante pressoché totale, per sé e per gli altri.

Peraltro, anche laddove il Consiglio di Stato si riporta all'incidenza del vaccino sullo sviluppo della malattia, ritenendolo atto a evitare decorsi patologici gravi, in parte motiva non sono compiuti riferimenti a documenti o a fonti posti a conforto delle posizioni espresse (si veda, in proposito, il punto 27.8 della sentenza: «Questo Collegio [...] deve perciò rilevare che, sulla base non solo degli studi – *trials* – condotti in fase di sperimentazione<sup>11</sup>, ma anche dell'evidenza dei dati ormai imponenti acquisiti

<sup>9</sup> Soprattutto avuto riguardo alla valutazione degli eventi avversi. Si veda in proposito la risorsa *on-line* A.J. Kesselheim *A Regulatory decision-making on covid-19 vaccines during a public health emergency* in JAMA2020 (doi:10.1001/jama.2020.17101. Pmid:32870268): “Finding severe rare adverse events will require the study of tens of thousands of patients, but this requirement will not be met by early adoption of a product that has not completed its full trial evaluation”.

<sup>10</sup> A pag. 17 del bollettino, pubblicato il 06 agosto 2021 e relativo a dati raccolti fino al 04 agosto 2021, disponibile al link [https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/bollettino/Bollettino-sorveglianza-integrata-COVID-19\\_4-agosto-2021.pdf](https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/bollettino/Bollettino-sorveglianza-integrata-COVID-19_4-agosto-2021.pdf), si legge: «La Tabella 4 e la Figura 12 mostrano le stime di efficacia vaccinale nel periodo dal 4 aprile (approssimativamente la data in cui la vaccinazione è stata estesa alla popolazione generale) all'8 agosto 2021 per fascia di età. Le stime sono state calcolate usando il modello di Poisson, con il numero di eventi per giorno come variabile dipendente e lo stato vaccinale come variabile indipendente. L'efficacia complessiva della vaccinazione, aggiustata per età, è pari al (...) Queste stime non sono aggiustate per diversi fattori che potrebbero influire sul rischio di infezione/ricovero/morte e sulla probabilità di essere vaccinato (per esempio, categoria a rischio, comorbidità, ecc.)». Per una snella descrizione del modello usato nel calcolo si rinvia al seguente link: <https://www.edutecnica.it/calcolo/poisson/poisson.htm>, ma il sistema di calcolo delle stime è descritto in termini più specifici nel sito dell'EMA ([https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/pre-authorisation-guidance#3.5-risk-management-plan-\(rmp\)-section](https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/pre-authorisation-guidance#3.5-risk-management-plan-(rmp)-section)).

<sup>11</sup> Sul punto, preme evidenziare che secondo un importante studio diffuso dal British Medical Journal, anche agli organi preposti sarebbe inibita la reale e veridica conoscenza dei dati raccolti dalle case farmaceutiche. In particolare, si veda il già citato P. Doshi, nota 1, in *BMJ*, il quale scrive “We need the raw data - Addressing the many open questions about these trials requires access to the raw trial data. But no company seems to have shared data with any third party at this point. Pfizer says it is making data available “upon request, and subject to review.” This stops far short of making data publicly available, but at least leaves the door open. How open is unclear, since the study protocol says Pfizer will only start making data available 24 months after study completion. Moderna's data sharing statement states data “may be available upon request once the trial is complete.” This translates to sometime in mid-to-late 2022, as follow-up is planned for 2 years. Things may be no different for the Oxford/AstraZeneca vaccine which has pledged patient-level data “when

successivamente all'avvio della campagna vaccinale [...] la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare non solo la malattia, per lo più totalmente o, comunque, nelle sue forme più gravi, ma anche il contagio»; si veda, altresì, il punto 27.9, ove si sostiene che «la posizione della comunità scientifica internazionale [?], alla luce delle ricerche più recenti [?]» avrebbe consentito di superare i dubbi di inefficacia dei vaccini a evitare contagi)<sup>12</sup>.

Pertanto, giova ripetere, pur ammettendo di non potersi attribuire un carattere sperimentale

---

the trial is complete.” And the ClinicalTrials.gov entry for the Russian Sputnik V vaccine says there are no plans to share individual participant data. The European Medicines Agency and Health Canada, however, may share data for any authorized vaccines much earlier. EMA has already pledged to publish the data submitted by Pfizer on its website “in due course,” as has Health Canada”.

Pertanto, è notizia recente lo scandalo che ha colpito Pfizer proprio sui dati, che -in altri termini- significa sui rilievi su cui si basano le valutazioni di attendibilità dei vaccini, cui si lega la valutazione di proporzionalità del bilanciamento tra sicurezza (incerta), capacità del farmaco a dispiegare effetti socialmente utili e scelte legislative o politiche (cfr. P.D. Thacker, *Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in Pfizer's vaccine trial*, in *BMJ*, 2 novembre 2021, disponibile al link <https://www.bmj.com/content/375/bmj.n2635> e tale notizia ha portato l'analoga australiana dell'AIFA a presentare una interrogazione formale alla casa farmaceutica). Preme, infine, notare come la dialettica dominante, anche istituzionale, rappresenta i soggetti vaccinati immuni alla malattia. Ciò rischia di innescare un grave fenomeno *l'Aquila* nell'ordinamento: fondando inopinatamente nei cittadini l'erroneo convincimento per cui vaccinandosi non si avrebbe possibilità di ricadere nella malattia (tale è, infatti, il significato *de vulgata*, italiano e tecnico della parola *immune*), determina la seria e concreta possibilità di provocare enormi danni verso la società, dovendosi ritenere che i cittadini, legittimamente affidandosi alle dichiarazioni ufficiali delle Istituzioni, possano dismettere le necessarie accortezze per prevenire, verso di sé o per gli altri, il contagio. Sulla scorta delle statuizioni della sentenza Grandi Rischi, Cassazione Penale, Sez. IV, 25 marzo 2016 (ud. 19 novembre 2015), n. 12748, sono ravvisabili, *in parte qua*, nutrite responsabilità istituzionali, posto che «in relazione alla comunicazione del rischio connesso alla previsione di eventi [...] potenzialmente lesivi dell'integrità della popolazione civile: comunicazione di contenuto inopportuno e scorrettamente tranquillizzante, tale da indurre destinatari all'abbandono di consuetudini di comportamento autoprotettivo rivelatosi fatale per le relative sorti, avendo cioè gli stessi deciso, proprio sulla scorta delle informazioni rassicuranti pubblicamente propalate [...] di non seguire più la tradizionale scelta di allontanarsi dalla propria abitazione in occasione dei primi segnali di scosse sismiche, così rimanendo travolti dal crollo di dette abitazioni determinato dal terremoto verificatosi in data 6/4/2009 [...] vuole qui alludersi al ruolo funzionale, nell'ambito dell'attività di prevenzione e protezione civile, rivestito dalla gestione e dal controllo, attraverso l'informazione pubblica, dei comportamenti collettivi, come 'leva' essenziale per l'impostazione delle *policies* di tutela collettiva contro i rischi volta a volta affrontati” – si veda, *funditus*, il Par. 8 della sentenza citata sulla comunicazione sociale del rischio nel contesto della protezione civile e si tenga conto che il principio di diritto espresso dalla Corte di Legittimità in tema di causalità psichica è certamente ravvisabile anche nel caso di specie, in uno agli altri presupposti della responsabilità colposa di rilievo penale.

<sup>12</sup> Sul carattere delle fonti impiegate per fondare una decisione tanto importante basti osservare che il Collegio sostiene in pronuncia: «27.3. L'AIFA, nello studio pubblicato sul proprio sito, ha chiarito che «gli studi che hanno portato alla messa a punto dei vaccini COVID-19 non hanno saltato nessuna delle fasi di verifica dell'efficacia e della sicurezza previste per lo sviluppo di un medicinale, anzi, questi studi hanno visto la partecipazione di un numero assai elevato di volontari, circa dieci volte superiore a quello di studi analoghi a quello di studi analoghi per lo sviluppo di altri vaccini». Queste parole, più che da studi, sono ritratte pedissequamente da:

[https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1297852/domande\\_risposte\\_vaccini\\_COVID.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1297852/domande_risposte_vaccini_COVID.pdf) ). Di là dall'opportunità di fondare il ragionamento logico argomentativo di una pronuncia su delle *faq*, è notorio che queste non hanno altra attitudine nell'ordinamento che spiegare, in modo informale, il *non clare loqui* legislativo, ormai consueto, e non assumono altro significato né producono alcun effetto giuridico. Non sono atti normativi né amministrativi, ma anzi non hanno nemmeno la sostanza minima di esistenza degli atti, oltre alla forma indiscutibilmente non provvedimentale. Sicché, riferirvi è del tutto irrilevante sul piano giuridico.

in senso stretto ai vaccini anti-Covid, nemmeno si può da ciò ricavare un incondizionato e confidente senso di certezza circa la sua efficacia, rinunciando del tutto a valutare dati e opinioni scientifiche diverse da quelle poste a sostegno dell'azione di governo senza viziare la funzione giusdicente da tinte politiche<sup>13</sup>.

### 3.2. La sicurezza del vaccino obbligatorio, ovvero della sua inattitudine a determinare effetti collaterali a breve e/o a lungo termine sulla salute dei vaccinati.

In rapporto alla sicurezza dei vaccini, lo stato dell'arte medica non appare unitariamente orientato nel senso sostenuto dal Consiglio di Stato, né circa i potenziali effetti collaterali a lungo termine (realmente non tenuti in alcun conto nella pronuncia), né con riguardo a quelli a breve termine<sup>14</sup>.

La Corte ha rinunciato ad adottare i dovuti scrupoli valutativi in merito, come dimostra il paragrafo 26.4 della sentenza, dove si sostiene fermamente che il carattere condizionato dell'autorizzazione non inciderebbe in alcun modo sui profili di sicurezza del farmaco<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Tanto è smentito, come noto, anche da una superficiale considerazione dei fatti di cronaca. Si veda, in proposito, la nota 15 e si tenga conto che l'autorizzazione condizionata alla messa in commercio consente di far fronte alle necessità ad hoc bene esplicate dal Consiglio di Stato. Tuttavia, nello sforzo di sintesi tecnica compiuto dall'Estensore, non si rileva mai come la sovrapposizione di fasi di sperimentazione clinica e l'avvio con leggero *décalage* dei singoli passi procedurali accelerino i rituali tempi di svolgimento, finendo per fornire dati meno completi, stante il vincolo gordiano che lega la bontà scientifica al dato cronologico.

<sup>14</sup> E. Burgio, *Dopo un anno di pandemia*, gennaio 2021 (<https://wsimag.com/it/scienza-e-tecnologia/64652-dopo-un-anno-di-pandemia>): “Dobbiamo infine almeno accennare all'argomento più complesso e dibattuto: quello dei possibili effetti collaterali. A questo proposito è giusto ammettere che la sperimentazione è stata insufficiente: non è possibile sottovalutare il fatto che, in genere, la durata delle fasi di sperimentazione di un vaccino è di circa 10 anni. Ma la situazione di emergenza e la ‘corsa al vaccino’, pronosticata da molti, non lo ha permesso. D'altra parte bisogna ribadire con forza che non è vero, come sostengono alcuni, che ci troviamo di fronte ad una sorta di esperimento alla cieca. In particolare, la tecnologia utilizzata per i cosiddetti vaccini a RNA, che sono stati i primi a essere messi a punto, autorizzati e distribuiti a tempo di record nei Paesi occidentali è in realtà nota da decenni anche se il loro utilizzo è stato a lungo limitato dall'instabilità e dall'inefficiente rilascio in vivo dell'mRNA. Inoltre, come vedremo, gli sviluppi tecnologici degli ultimi anni sono stati stupefacenti e hanno permesso di accorciare enormemente i tempi di progettazione e realizzazione”. E si veda a conforto anche la previa nota 10.

<sup>15</sup> Ma si veda quanto dichiara l'ISSN stesso nel rapporto n. 3/21 del 18 febbraio 2021: «Sotto la pressione della pandemia, per le sperimentazioni di vaccini anti-COVID-19 si sono adottate procedure impensabili fino a poco tempo prima (es. velocizzazione dei tempi nelle procedure regolatorie) e previste pratiche del tutto eccezionali nell'ambito della sperimentazione umana (es. ‘challenge studies’), con deliberata infezione dei volontari sani partecipanti). Tali innovazioni lasceranno un segno nelle modalità di esecuzione delle sperimentazioni anche dopo l'emergenza». Quanto presentato e discusso nel presente Rapporto, dunque, ha una valenza, soprattutto sotto il profilo etico, che va oltre la pandemia al momento in atto, e non si limita a riflettere sui vaccini attualmente in studio o da poco validati. «La pressante attesa ha indotto anche a prevedere pratiche che, solitamente, sarebbero escluse, quali i ‘challenge studies’, nei quali un gruppo di volontari è infettato deliberatamente. Sono anche stati realizzati protocolli in cui i partecipanti ricevono pagamenti. Le

Non è dello stesso avviso, però, elevata dottrina scientifica per cui il problema più direttamente collegato alla sicurezza dei vaccini autorizzati con CMA è proprio quello dei possibili effetti collaterali nel medio-lungo termine, un tema che andrebbe affrontato con particolare dovizia di ponderazione, tenuto conto della odierna indisponibilità di dati certi, essendo esigue le risultanze sperimentali<sup>16</sup>.

Pertanto, proprio l'aver omesso dalle valutazioni i rischi di lungo periodo, già non considerati nell'adozione delle scelte politiche, irrobustisce l'irrazionalità dell'iter logico-giuridico seguito dal Consiglio di Stato<sup>17</sup>. Anche nella pronuncia, invero, l'unico rischio tenuto in qualche conto è quello singolare e a breve termine, relativo cioè alle immediate conseguenze sul solo soggetto obbligato.

Tuttavia, un'adeguata applicazione della scienza giuridica imporrebbe una ponderazione della sicurezza non limitata al contingente, ma che si spinga a valutare anche il rischio di possibili conseguenze future (lungolatenti), laddove esse siano già prevedibili al momento della valutazione, pur in termini solo eventuali.

Tali conseguenze potenziali non sono irrilevanti, ma anzi la necessità che costituiscano oggetto della ponderazione legislativa aumenta proprio qualora il rischio che vi si connette afferisca alla salute dei consociati. Per cui, se tale valutazione non è svolta dal legislatore, deve cadere nel fuoco del giudizio e non può legittimamente trovare l'organo giudiziario altrettanto renitente. E ciò a pena del sacrificio del principio di precauzione.

Principio cardine del sistema, ancorché non espressamente previsto in Costituzione, la

---

numerose sperimentazioni in corso sono tra loro eterogenee non soltanto per le fasi di avanzamento, ma anche perché si basano su approcci diversi, alcuni dei quali innovativi rispetto ai vaccini finora in uso». Tali argomenti ci paiono sufficienti per travolgere gli argomenti sostenuti dal Consiglio di Stato, specialmente quelli di cui ai paragrafi 25.4 e 26.5 della sentenza in commento.

<sup>16</sup> E. Burgio, *op. cit.*, Sembra confermare la tesi anche la ditta produttrice del vaccino Cominraty, Pfizer-Biontech, che nel proprio Chemical Safety Assessment – CSA scrive espressamente che alcune componenti chimiche dei vaccini, ALC-0315 in particolare, possono causare danni cardiaci, effetti tossici riproduttivi e teratogenici, danni epatici, danni neurologici, narcosi e perfino cancro.

<sup>17</sup> Sugli effetti a breve termine, si veda invece <https://www.aifa.gov.it/-/aggiornamento-sul-rischio-di-miocardite-e-pericardite-con-vaccini-mrna>;

[https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1289823/IT\\_Meeting\\_highlights\\_PRAC\\_12.2021.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1289823/IT_Meeting_highlights_PRAC_12.2021.pdf),

<https://www.ema.europa.eu/en/medicines/dhpc/covid-19-vaccine-janssen-contraindication-individuals-previous-capillary-leak-syndrome-update>;

[https://www.ema.europa.eu/en/documents/dhpc/direct-healthcare-professional-communication-dhpc-vaxzevria/covid-19-vaccine-astrazeneca-risk-thrombosis-combination-thrombocytopenia-updated-information\\_en.pdf](https://www.ema.europa.eu/en/documents/dhpc/direct-healthcare-professional-communication-dhpc-vaxzevria/covid-19-vaccine-astrazeneca-risk-thrombosis-combination-thrombocytopenia-updated-information_en.pdf).

[https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FPHV%20DAP%2F\\_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line%20Listing%20Objects%22.%22Substance%20High%20Level%20Code%22&P3=1+42287887](https://dap.ema.europa.eu/analytics/saw.dll?PortalPages&PortalPath=%2Fshared%2FPHV%20DAP%2F_portal%2FDAP&Action=Navigate&P0=1&P1=eq&P2=%22Line%20Listing%20Objects%22.%22Substance%20High%20Level%20Code%22&P3=1+42287887) e <https://medalarts.org/vaersdb/> e

<https://www.nvic.org/>.



precauzione è strumento di effettività della tutela, che si anticipa a soglie anche molto remote pur di garantire la più ampia protezione a diritti costituzionali.

Proporne una rilettura in chiave controintuitiva, come suggerisce il Consiglio di Stato nella sentenza in commento, vale a svuotarne sostanzialmente la portata, validando politiche legislative pericolose sul presupposto inaccoglibile di poter sacrificare tutto -almeno astrattamente- alla necessità urgente<sup>18</sup>. Più che una precauzione controintuitiva si addivene, così, a una *contro-precauzione*<sup>19</sup>.

Peraltro, le valutazioni di utilità di un trattamento sanitario che ambisca ad essere massimamente diffuso nella cittadinanza devono svolgersi sia nell'interesse dei singoli che nell'interesse generale, posto che il carico afflittivo di conseguenze infauste eventualmente derivanti dal trattamento grava sull'intero consorzio sociale<sup>20</sup>. Tuttavia, nonostante l'attenzione che s'invoca al riguardo<sup>21</sup>, il Consiglio di Stato rinuncia a svolgere una

<sup>18</sup> Una tale impostazione dimostra di voler recuperare il concetto dottrinale dello stato di necessità come fonte del diritto, tuttavia molto avversato nella scienza giuridica (S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 384 ss.) e rievoca la questione precostituzionale del rischio, prospettato nei lavori della Assemblea costituente da Aldo Moro, durante i lavori sulla Costituzione che infine condussero i Padri Costituenti ad accogliere la sua proposta, votando a favore dell'emendamento sull'art.32, comma 2 ([https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/storia\\_costituzione.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/storia_costituzione.pdf)). Per un approfondimento sul tema dei rapporti tra fonti e stato di emergenza, si vedano F. De Vanna, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2020; S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi*, marzo 2020; E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che nulla potrà più essere come prima?*, in *Federalismi*, 2020; A. Lucarelli, *Costituzioni, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *AIC*, 2020, pp. 565 ss.; A. Lucarelli, *Pandemia e torsione del sistema delle fonti*, in *Osservatorio AIC*, 2020.

<sup>19</sup> Di come la ricostruzione appena svolta sia la sola giuridicamente ammissibile ne sono testimoni i datori di lavoro o i soggetti ricoprenti altre posizioni di garanzia, colpiti dalla alluvionale giurisprudenza relativa all'amianto, la cui vicenda storica e giuridica presenta spiccate analogie con quella concernente la vaccinazione anti-Covid. Pur non potendo compiere in questa sede un'analisi dettagliata delle sentenze riguardanti la causalità -specialmente penale- delle malattie asbesto correlate, né delle soluzioni offerte in merito all'addebito delle conseguenze dannose ai soggetti vertenti in posizione di garanzia, cioè preposti a valutare il rischio connesso all'impiego dell'amianto, basti considerare che tale esperienza ha indirettamente dimostrato come la precauzione abbia natura di principio fondamentale dell'ordinamento e imponga la tenuta di condotte funzionalizzate alla tutela della integrità psico-fisica dei soggetti fin dal momento in cui è dato riscontrare una pur mera eventualità di incorrere in rischi negativi per la salute. Infatti, non è stata riconosciuta attitudine scriminante (in sede penale) né deresponsabilizzante (in sede civile) all'incertezza scientifica, assunta anzi come criterio cautelativo e precauzionale, atto a inibire l'uso dell'amianto, cioè del materiale potenzialmente pericoloso e dannoso per la salute. Si rinvia per approfondimenti a T. Padovani, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2015, p. 383; A.M. Dell'Osso, *Morti da amianto: perduranti incertezze scientifiche vs. certezze giurisprudenziali; il problema delle esposizioni indirette*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1139 ss.; S. Zirulia, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*, in *penalecontemporaneo.it*, gennaio 2011; C. Piergallini, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale* in M. Donini e M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 327 ss.

<sup>20</sup> Si veda sul punto A. Mangia, *op. cit.*, par. 6.

<sup>21</sup> Basti qui richiamare, in uno ad altri, il chiarissimo E. Burgio, *op. cit.*: "Per quanto concerne i rischi immediati – essenzialmente reazioni allergiche e immuno-infiammatorie sistemiche, verosimilmente indotte



ponderazione di interessi in tal senso e aderisce fideisticamente a un singolo sapere scientifico, sostenuto dai consulenti governativi, arrivando perfino a trascenderlo, reputando la scienza efficace laddove essa stessa si dichiara incapace di esprimersi con certezza.

A ben vedere, quella della Corte è comunque una precauzione, ma *contingente*: guarda all'interesse generale nei termini di cui, come si è detto, è dato dubitare<sup>22</sup>. Il Consiglio di Stato si arresta di fronte a quel che definisce «ignoto irriducibile», ovverosia al carattere incerto già connotativo delle scienze molli di per sé, che si amplifica al cospetto di nuovi fenomeni con cui misurarsi e di nuove soluzioni da offrire. Ne fornisce una lettura combinata con la riserva di scienza, per cui invece sussiste un margine di discrezionalità tecnica avulso dalla conoscibilità dell'organo giudiziario (e anche legislativo puro), e così dirime il conflitto tra il dubbio vantaggio per la salute collettiva dell'oggi e il potenziale danno per la salute collettiva di domani a favore del primo.

---

più dai vettori utilizzati (nanoparticelle lipidiche nel caso dei vaccini a RNA attualmente in uso) o da sostanze adiuvanti (come il PEG), che non dall'RNA stesso – questi sembrerebbero essere lievemente più frequenti rispetto alla media, ma non tanto da indurre a riconsiderazioni critiche. Sarà molto importante monitorare e quantificare con attenzione gli effetti conseguenti alla seconda inoculazione, che rappresenta il momento più critico. Bisogna comunque tenere sempre a mente il concetto-base che il paragone va fatto tra gli effetti collaterali indotti dal vaccino e quelli, in questo caso potenzialmente gravissimi, provocati dal virus selvaggio [...] Anche le interferenze della pseudo-spike protein con il sistema immunocompetente umano sono prevedibili fino a un certo punto: in pratica si ipotizza che l'RNA virale, pur conservando la sua immunogenicità, sia stato reso assai meno reattogeno e non possa innescare le reazioni di tipo immunoinfiammatorio sistemiche tipiche dei casi gravi (una reazione infiammatoria locale invece è necessaria, perché l'antigene venga correttamente processato e presentato e si formi correttamente la memoria immunologica B e T). Il principale rischio paventato da alcuni è che, essendo stata dimostrata in vari studi in corso di Covid autoanticorpi contro citochine, ACE2 e soprattutto complessi ACE2-Spike, questo possa succedere anche con i vaccini. Da questo punto di vista non dovrebbero essere sottovalutati i casi di paralisi di Bell recentemente segnalati in concomitanza con le prime somministrazioni del vaccino Pfizer, perché si tratta di una neurite demielinizzante infiammatoria acuta, che potrebbe avere un meccanismo patogenetico simile alla sindrome di Guillain-Barré (e come questa essere associata sia a virus, sia a reazioni ai vaccini)<sup>23</sup>. Ma anche in questo caso è importante sottolineare che le paralisi di Bell sembrano manifestarsi poco dopo la somministrazione del vaccino e questo farebbe pensare che si tratti di una semplice reazione alle nanoparticelle e non all'RNA virale. Ed è evidente che anche in questo senso il virus selvaggio è certamente molto più pericoloso del vaccino”.

<sup>22</sup> La precauzione è ritenuta proporzionale solo quando feconda le scelte politiche del governo, ma non al contrario; si squalifica la lettura critica che pone la libertà nel bilanciamento con la salute, ovvero che vi pone una salute imminente con una diversa, considerata nel lungo periodo. In proposito, si veda il par. 8.4 della sentenza, dove il Collegio si spinge a ritenere che la funzione giudicante, obbedendo a precise regole e valori di rilievo costituzionale, sia volta a presidiare beni non del tutto nella disponibilità della parte, facendo diventare tiranno il diritto alla salute nell'emergenza, nonostante la stessa Corte costituzionale, a più riprese, ma riassumibili nella nota pronuncia n. 118/96, si sia espressa ritenendo che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Si veda, inoltre, la sent. della Corte Cost. n. 85/13. Per un approfondimento dei principi costituzionali richiamati si veda M. Calamo Specchia, *Audizione della prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica 6 ottobre 2021, ore 10,30 in Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, n. 2/2021.

Diversamente, la precauzione preferibile è quella irriducibile al mero *hic et nunc*, ma che a piene ed effettive considerazioni presenti, che si danno carico della riserva di scienza senza individuarvi un limite assoluto di riflessione, affianca un'ottica di lungo termine, secondo il terreno d'elezione proprio del principio di precauzione, dotato di un'aspirazione al futuro, che anticipa problematiche reali, pur potenziali e postergate<sup>23</sup>.

### 3.3. Il bilanciamento tra valori confliggenti: alla luce dei dubbi scientifici sulla efficacia e sulla sicurezza dei vaccini, è davvero una questione di solidarietà?

Posto quanto sin qui osservato, è sul ritenuto carattere *assolutamente accettabile* del bilanciamento rischi-benefici (par. 29.1 della sentenza) che non può proprio convergersi. Come anticipato, la gestione del rischio connesso all'obbligo del trattamento ne imporrebbe una più attenta ponderazione sia laddove si riferisce al legislatore, richiedendo scelte pienamente valutate, specialmente ove concernenti la salute di oggi e di domani, sia nella parte in cui si rivolge al giudice, demandandovi un sindacato di legittimità su quelle scelte. Riguardo al giudicante, il procedimento che deve guidarne la valutazione consta in un rigido *iter* razionale, parametrato a criteri giuridici, e non deve tracimare in uno slancio fideistico verso la scienza (cioè verso l'*ars tecnica* su cui poggia il potere posto in contestazione *sub iudice*); neppure, il giudizio può fondarsi su persuasioni o convinzioni personali.

Sebbene la discrezionalità (tecnica) limiti il sindacato del giudice, tale *costrizione* (enf.) della funzione giudicante non deve estrinsecarsi nell'omissione di una valutazione piena e

---

<sup>23</sup> Secondo la Corte costituzionale, nella stessa pronuncia n. 118/96, «il rilievo dalla Costituzione attribuito alla salute in quanto interesse della collettività, se è normalmente idoneo da solo 'a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale', cioè a escludere la facoltà di sottrarsi alla misura obbligatoria (si veda, altresì la sentenza n. 258 del 1994), non lo è invece quando possano derivare conseguenze dannose per il diritto individuale alla salute. Impregiudicato qui il problema del rilievo da riconoscersi all'obiezione di coscienza nei confronti dei trattamenti medicali, in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come nel caso della vaccinazione antipoliomielitica 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» e invece il CdS invoca proprio questo tipo di sacrificio semplice, arrestandosi di fronte all'ignoto irriducibile in combinato alla riserva di scienza, senza nemmeno considerare che se il ragionamento della Consulta vale nel caso di bilanciamento tra autodeterminazione e salute collettiva, a maggior ragione deve valere quando in confronto vi siano il dubbio vantaggio per la salute collettiva dell'oggi e il potenziale danno per la salute collettiva di domani.

completa. Il giudice, infatti, ha il potere-dovere di accedere pienamente al fatto, anche secondo i principi europei della *full jurisdiction*, e nel valutare i criteri adottati dall'amministrazione deve motivare effettivamente e secondo modalità giuridiche *il perché* della ritenuta legittimità o illegittimità dell'*agere* amministrativo. E tanto non sembra aver fatto davvero il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, dai tratti più politici -pur astrattamente comprensibili ma non giustificabili- che giuridici.

Pietre angolari della valutazione in ordine all'obbligo di vaccinazione sono l'effettiva capacità schermante del farmaco, in rapporto agli scopi preventivi che l'imposizione si prefigge, nonché la relazione rischi-benefici, illuminata proprio dalle risultanze sull'attitudine protettiva del vaccino.

Mentre, come sopra illustrato, non è revocabile in dubbio l'incertezza che connota la prima di tali due direttrici logiche, la seconda si attesta su livelli che superano l'ordinario limite di tollerabilità, proprio della riserva di scienza, spostando l'assetto fisiologico del margine di incertezza scientifica verso un quadro patologico<sup>24</sup>.

Ragione ne è la considerazione per cui non si può giustificare lo sbilanciamento del rischio, allocandolo in capo ai sanitari in nome dell'utilità ritratta per l'intera società, posto che quella stessa utilità è – almeno – dubbia e non certa come vorrebbe, invece, dare a intendere il Consiglio di Stato<sup>25</sup>.

Se, ad esempio, come previsto dall'art.14-*bis*, Reg. CE n.726/04, la condizione per ottenere le autorizzazioni in CMA è che i benefici superino i rischi connessi alla somministrazione

---

<sup>24</sup> Sostenere come fa il Collegio che la riserva di scienza lasci al decisore pubblico un innegabile spazio di discrezionalità, colmabile solo in funzione del tempo, è argomento astratto e non condivisibile, laddove da tanto si faccia discendere la rinuncia all'esercizio pieno della funzione giudiziaria. Invero, essa deve spingersi entro un pieno accesso al fatto che, illuminato dalle varie nomenclature scientifiche e di ordine tecnico, da scandagliare *funditus* nelle proprie possibilità, eventualmente ricorrendo allo strumento della CTU, gli consentano di valutare in termini di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità la scelta compiuta dall'amministrazione e, ove i dubbi di legittimità ricalchino le statuizioni normative, avrebbe il potere-dovere di investire la Consulta. Per un approfondimento sul sindacato del giudice dell'emergenza si veda S. Foà, *Giustizia amministrativa e rito "tecnicamente condizionato". Il limite del sindacato giurisdizionale tra "riserva di scienza" e "ignoto irriducibile"*, in S. Foà e A. Camaiani (A cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, in corso di pubblicazione.

<sup>25</sup> Per vero, si assiste nella pronuncia a una rappresentazione ondivaga degli argomenti per cui, se in avvio il Collegio ritiene certa l'attendibilità dei vaccini, al paragrafo 30.2, per esempio, si profonde, al contrario, a dichiarare l'incertezza carattere ineliminabile per trattamenti scientifici adottati nell'emergenza. Purtroppo, in questa incertezza, nell'ottica dell'amministrazione precauzionale riflessiva, la Corte giustifica le scelte adottate allocando il rischio connesso all'imposizione dell'obbligo in capo a una categoria a vantaggio di un'altra. Chiamando a un atteggiamento *samaritano* i professionisti sanitari, il Collegio ritiene legittimo soddisfare una dubbia utilità marginale attuale facendola prevalere su un rischio concreto, benché futuro ed eventuale. È evidente però come tale ragionamento possa tenere solo se l'assunto di partenza sia incontestato, e cioè la capacità preventiva dei vaccini sia tale da superare i rischi che vi sono connessi.

del farmaco (proprio perché al momento della messa in commercio v'è necessità di ottenere dati supplementari), in termini di proporzionalità e di ragionevolezza non appare sufficiente ponderare solo un rischio parziale e incompleto, cioè quello a breve termine e in rapporto al singolo individuo obbligato. Ciò vale maggiormente, come detto, avuto riguardo alla natura giuridica delle grandezze che si pongono in bilanciamento (salute *vs* salute; interesse generale *vs* interesse comunque generale), nonché all'utilità solo relativa che si ritrae dall'impiego anzitempo del farmaco<sup>26</sup>, posta l'inefficacia a impedire la propagazione dei contagi.

Peraltro, non è revocabile in dubbio l'argomento, sostenuto dagli appellanti, per cui le stesse case farmaceutiche riconoscono che non sono ancora note le potenzialità del vaccino nella prevenzione, oltre a non essere certa la durata dell'efficacia schermante e ad essere ignote le conseguenze della somministrazione, specialmente a lungo termine<sup>27</sup>. Ecco perché scomodare il principio di solidarietà non occorre, dovendosi anzi ravvisare un salto logico della Corte nella pronuncia che da una reale parziale capacità a frenare il contagio perviene ad assumere una indiscutibile efficacia dei vaccini, tale da giustificare perfino un linguaggio esasperatamente enfatico dalle insopportabili tinte moraleggianti<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Va notato, in proposito, che proprio i Paesi produttori dei principali vaccini in commercio, USA e UK, hanno adottato una procedura d'emergenza che ne consente l'uso in ragione dell'emergenza, ma non autorizza il farmaco. Diversi, invece, gli approdi cui è pervenuta la Commissione Europea, con conseguente effetto *confortante* – ma evidentemente più in termini politici che scientifici – sull'attendibilità e sulla sicurezza dei vaccini nell'opinione dei giudici.

<sup>27</sup> Non sfugge che la vaccinazione, pur non escludendo il contagio, secondo una data impostazione scientifica ridurrebbe il rischio del ricovero in terapia intensiva. Tuttavia, già evidenziata l'assenza in sentenza di ogni documento a conforto di ciò, tale circostanza non supera altrettanto la prova di resistenza del rapporto rischi/benefici, posto che prima di incidere sulla salute umana vi sono molteplici modi per abbattere il potenziale carico sulle terapie intensive (es. razionalizzazione e aumento delle risorse economiche, investimenti volti ad aumentare il numero dei posti letto, nonché del personale disponibile), mentre la riduzione della gravità della malattia è messa in dubbio da tesi altrettanto scientifiche e dai dati ufficiali, che scorgono anche i vaccinati tra gli ospedalizzati - come verificabile nei bollettini ISSN già citati in nota. Di talché, appare comunque irragionevole la scelta politica di imporre un trattamento sanitario inefficace o comunque non sufficientemente tale da giustificare rischi per la salute individuale – degli obbligati – e della collettività. Siffatta irragionevolezza si estende a contaminare la decisione del Consiglio di Stato in commento, allorché ratifica acriticamente l'operato normo-amministrativo.

<sup>28</sup> Pur nella indubitabile gravità della malattia da Sars-Cov-2, non va perso di vista il tasso di mortalità che questo ha avuto nel nostro Paese (<https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-decessi-italia>; <https://flo.uri.sh/story/240006/embed?v2#slide-0>; <https://flo.uri.sh/story/240006/embed?v2#slide-4>; [https://www.istat.it/it/files/2021/03/Report\\_ISS\\_Istat\\_2020\\_5\\_marzo.pdf](https://www.istat.it/it/files/2021/03/Report_ISS_Istat_2020_5_marzo.pdf); <https://www.trt.net.tr/italiano/photogallery/infografica/il-tasso-di-mortalita-per-fascia-d-eta>), dato da leggere in combinato disposto con la non precisione dei tamponi, inatti a distinguere tra infezione da Covid-19 e altri ceppi influenzali (su cui si veda il recente studio, pubblicato dalla FDA, richiamato alla successiva nota 36). Ciò, se rende non meno grave il fenomeno pandemico, non permette di tollerare espressioni volutamente esasperate come “continua a mietere vittime” ovvero attacchi moraleggianti alla categoria dei sanitari, colpevole per il fatto di avere attivato processualmente un proprio diritto o comunque di dubitare della legittimità di un'imposizione terapeutica dai caratteri dubbi di cui è tra i pochi ad essere gravata, e

Il Consiglio di Stato sembra perfino dimenticare quanto accaduto in relazione al vaccino Astrazeneca<sup>29</sup>, di cui pur si sarebbe dovuto tenere opportunamente conto. L'analisi degli avvenimenti in fatto dimostra, invero, come la gestione del rischio connesso all'imposizione vaccinale debba e avrebbe dovuto essere sin qui molto più attenta di quella svolta in concreto.

Viepiù, la considerazione per cui – in termini di sicurezza – sarebbe stato approntato un sistema di monitoraggio degli eventi avversi confligge con la totale assenza di campagne poste in essere dalle Autorità preposte, volte alla promozione e alla divulgazione della particolare utilità, se non del carattere fondamentale in tal senso, delle segnalazioni<sup>30</sup>. Maggiormente, la Corte non tiene conto dell'assenza di farmacovigilanza attiva. La farmacovigilanza, infatti, si svolge attualmente solo nella sua forma passiva, retta cioè sulle segnalazioni che gli stessi cittadini indirizzano all'AIFA circa l'insorgenza di effetti potenzialmente collaterali alla vaccinazione, ma non si dispiega nella sua forma attiva, consistente nel controllo programmato – successivo alla somministrazione del farmaco –

---

adottata «per causa del personale deputato alla loro (*dei fragili*) cura, refrattario alla vaccinazione». Tale sarebbe, secondo l'Estensore, l'evenienza cui il legislatore ha voluto porre rimedio; evenienza che «costituirebbe (ed ha costituito) un grave tradimento di quella «relazione di cura e fiducia tra paziente e medico» e, più in generale, «tra paziente e gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria, un ripudio (*sic!*) dei valori più essenziali che la medicina deve perseguire».

<sup>29</sup> Il riferimento è alla vicenda delle autorizzazioni del vaccino Astrazeneca, prima emesse poi ritirate, in un caos narrativo e di indicazioni -provenienti dall'EMA- che ne ha connotato la somministrazione. Si veda, sul punto, la Dec. Esec. UE 698/2021 del 29 gennaio 2021, disponibile al link [https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210129150842/dec\\_150842\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/2021/20210129150842/dec_150842_it.pdf), successivamente modificata dalla diversa UE 1998/2021 del 19/03/21, intervenuta a ridefinire le modalità di impiego di tale vaccino (giungendo perfino a rinominarlo con il termine *Vaxzevria*, al fine di non alimentare -legittime- fughe da quel farmaco). Non va dimenticato, poi, sia consentito anche a questa parte enfatizzare impiegando il dramma, che il rischio di cui è causa si è declinato nella brusca interruzione della vita di giovani e robusti soggetti che quasi certamente avrebbero potuto reagire efficacemente alla malattia (su cui si vedano i *reports* della farmacovigilanza citati in nota *supra*).

<sup>30</sup> Lo dimostra, tra l'altro, l'appello lanciato dai medici di Ippocrate.org per sensibilizzare a tanto <https://www.youtube.com/watch?v=kBpy2ycsPCo&list=TLGGafR3gXY7GhYxNDExMjAyMQ>, ma non meno lo studio dell'Università di Verona (<https://www.ilmiovaccinocovid19.it/>) e giovi evidenziare come la campagna divulgativa dell'AIFA, che nel suo ultimo rapporto di farmacovigilanza conclama solo circa centomila segnalazioni, molte delle quali non gravi (<https://www.aifa.gov.it/-/nono-rapporto-aifa-sulla-sorveglianza-dei-vaccini-covid-19>), è stata del tutto insufficiente. Si pensi: nemmeno uno spot televisivo a fronte di un elemento tanto cruciale quale il monitoraggio *ex post*. Tale considerazione assume rilievo alla luce del fatto che le modalità prescelte dall'autorità per segnalare e promuovere la farmacovigilanza si siano rivelate inidonee a raggiungere la totalità della cittadinanza che, come noto, è per la maggior parte sprovvista di strumenti e di capacità per attingere a risorse di informazione non elementari, anzi utilizzando la sola televisione. Va rilevato, inoltre, lo scarso numero di segnalazioni ufficiali rispetto a quelle ufficiose di cui dà conto anche il sito ufficiale <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/monitoring-covid-19-medicines-0# covid-19-vaccines-pharmacovigilance-plan-section> e le segnalazioni che possono scorgersi qui: <https://www.adrreports.eu/>.

di indicatori clinici delle conseguenze infauste più plausibili, come per esempio il monitoraggio *ex post* dei fattori di coagulazione, come noto connessi alla vaccinazione almeno a mRNA in via pretrombotica e senza che sia necessario attendere l'insorgenza di problematiche anche gravi o irrimediabili. Solo questa circostanza potrebbe ragionevolmente condurre a ritenere accettabile il livello di rischio, proprio in quanto effettivamente monitorato.

Infine, preme notare che la questione del bilanciamento tra diritti fondamentali dovrebbe assumere caratteri esclusivamente oggettivi e non estrinsecarsi in un confronto tra categorie nel tentativo di individuare una prevalenza (sanitari vs persone vulnerabili).

Peraltro, se si pensa all'effetto di salvaguardia verso i soggetti vulnerabili, posto nella pronuncia a suffragio della bontà della adottata *vaccinazione obbligatoria selettiva*, va evidenziato come l'argomento sia cedevole a fronte della mancata estensione dell'obbligo proprio in capo a quei soggetti che ne abbisognerebbero maggiormente<sup>31</sup>.

Se infatti è vero che la *ratio legis* va individuata specialmente nella necessità di tutela dei più fragili, non si vede perché il legislatore avrebbe potuto mancare d'imporre anche a loro il trattamento, dato il sicuro vantaggio recato dal vaccino secondo la ricostruzione della Corte sulla sua *bontà*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Proprio sull'assenza di ulteriori obblighi da quello che colpisce i sanitari si ricava il *fumus* d'incertezza che copre i vaccini Covid, niente affatto fuori discussione come ci vorrebbe convincere l'Estensore. Si tratta, piuttosto, di un bilanciamento tutto politico che il legislatore dell'emergenza ha compiuto tra gli interessi della categoria dei sanitari e le categorie dei fragili, oppure tra i primi e l'interesse generale nei termini dubbi di cui si è detto, ma non certo della pacifica conseguenza di verità scientifiche [si precisa che al momento della scrittura del presente commento, non era ancora intervenuta l'estensione dell'obbligo al personale scolastico]. Trattandosi, come detto, di valori incerti e dichiaratamente non consolidati, dovrebbero essere sempre confrontati con gli studi. Tra questi, ve ne sono alcuni che ritengono inopportuno puntare sulla *cd. terapia di gregge* indotta dalla vaccinazione diffusa in piena pandemia. Ci si riferisce, in particolare, alla considerazione per cui "non bisogna neppure sottovalutare il fatto che i vaccini stessi possono accelerare i tassi di mutazione virale. Alcuni studi mostrano, in particolare, che proprio i vaccini che non prevengono la trasmissione di un virus possono promuovere l'emergere di ceppi patogeni più virulenti nei soggetti non vaccinati" (E. Burgio, *op. cit.*, che a sua volta rinvia a Read AF, Baigent SJ, Powers C, Kgosana LB, Blackwell L, Smith LP, *et al.*, *Imperfect Vaccination Can Enhance the Transmission of Highly Virulent Pathogens*, in *PLoS Biol*, n. 13(7)/2015).

<sup>32</sup> Va notato come il limite naturale della solidarietà sia nel nostro ordinamento individuato dall'apprezzabile sacrificio di se stessi o di un proprio interesse (nei rapporti tra privati si veda M. Bianca, *Diritto Civile. L'obbligazione*, Milano, 1993. Tale principio civilistico è assumibile a criterio generale di regolazione dei limiti solidaristici, posto che la buona fede, che lo estrinseca, non è altro che la declinazione in via ordinaria dell'art. 2 Cost.). Sicché il Collegio, nel ritenere che il rischio connesso alla somministrazione del vaccino debba essere sopportato da una categoria diversa da quella che ne ricaverebbe il maggior vantaggio, finisce per rovesciare il ragionamento logico-giuridico ordinario, che – nell'approccio medesimo della Corte – dovrebbe vedere semmai obbligati i soggetti vulnerabili, posto il vantaggio che deriverebbero dal vaccino.



Tuttavia, proprio dall'aver solo raccomandato (e, si badi, nemmeno formalmente)<sup>33</sup> la vaccinazione contro la Covid a queste categorie più bisognose di protezione, si ricava il carattere discriminatorio e irragionevole della scelta di imporlo ai soli sanitari.

Senza contare, poi, il motivo di opportunità per cui allocare il rischio di eventi infausti sulla categoria professionale cruciale e determinante nella buona risoluzione della pandemia appare una scelta avversante ogni logica umana minima, prima che politica e tecnica.

Per tutti i suddetti motivi, pertanto, rilevato il carattere manifestamente irragionevole e sproporzionato del bilanciamento tra interessi confliggenti, si sarebbe dovuto almeno investire la Corte Costituzionale della questione di legittimità, invocata dagli appellanti, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., relativo alla irragionevolezza dell'obbligo, ma anche alla discriminazione soggettiva che esso realizza<sup>34</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive.

Alla luce di quanto sin qui osservato, può concludersi che, al fine di ottenere una valutazione di costituzionalità circa l'obbligo di vaccinazione, l'errore d'impostazione forse commesso dagli appellanti è stato porre l'accento sulla libertà di autodeterminazione

---

<sup>33</sup> Non figura il vaccino contro la Sars-Cov-2, infatti, nel calendario vaccinale disponibile nel sito ufficiale del Ministero della Salute [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pagineAree\\_4829\\_listaFile\\_itemName\\_0\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_4829_listaFile_itemName_0_file.pdf); nemmeno, alcuna notizia in tal senso è reperibile in altre fonti, salvo a non voler inserire la vaccinazione Covid tra le raccomandazioni per le normali forme influenzali. Può ragionevolmente presumersi, conseguentemente, che anche l'indennizzo per danni subiti in ragione della somministrazione dei vaccini anti-Sars-Cov-2 sia incerta e non possibile. L'omissione della formale iscrizione dei vaccini anti-sars-Cov-2 negli elenchi di vaccini raccomandati od obbligatori, revoca in dubbio la capacità di ottenere compensazioni in caso di eventi avversi. Per costante giurisprudenza, l'indennizzo al singolo, sacrificatosi in nome di un interesse solidaristico a ricevere una cura o un trattamento raccomandato o imposto dallo Stato, è concesso allorché il danno si leghi almeno alla formale raccomandazione, criterio diverso dalla spinta di fatto che concerne i vaccini anti-Covid (si veda in proposito Corte costituzionale, ss. nn. 118/2020, 107/2012, 423/2000, 27/98). Peraltro, preme ribadire la non sovrapponibilità dei rimedi preventivo-reale e successivo-compensatorio in cui consta l'indennizzo: quest'ultimo interviene a lesione compiuta anziché, preferibilmente, a impedire e prevenire ogni lesione o pericolo per la salute e l'integrità psico-fisica dei soggetti.

<sup>34</sup> Rafforza il carattere irragionevole dell'obbligo – e della sua validazione da parte del Collegio – la considerazione per cui anche i medici veterinari ne sono soggetti, pur essendo esclusi da ogni contatto con pazienti umani e senza che, perciò, tenga alcuno degli argomenti sostenuti dalla Corte con pedanteria sulla alleanza terapeutica. Altrettanto, valga considerare che i tecnici applicati al monitoraggio dei livelli di radiazioni emanate da certi macchinari, costretti all'isolamento mentre lavorano e privi di ogni contatto umano per l'intero turno di lavoro, anche ove iscritti in complessi non ospedalieri, si sono visti sanzionare e perfino chi svolge la professione con consulenze telematiche, da remoto, si è visto immotivatamente sospendere dall'esercizio delle funzioni, a dimostrazione dell'intento sostanzialmente stigmatizzante, in chiave sociale, di tali sanzioni amministrative.



del singolo anziché sulla ragionevolezza dell'obbligo di per sé; e ciò proprio avuto riguardo a interessi generali, più che individuali.

A prescindere da come la si ponga, però, le conclusioni cui perviene la sentenza in commento integrano un irragionevole salto logico: dalla considerazione per cui sussiste un'emergenza<sup>35</sup>, si legittimano scelte rischiose in nome di un vantaggio immediato ma incerto, senza considerare gli effetti futuri delle scelte compiute, sia con riguardo ai singoli che nell'interesse della società, rinunciando *a priori* a valutare le varie opzioni tecniche rilevanti, sul presupposto che la scienza, con le sue riserve e coi dubbi irriducibili che la connotano – specialmente quando reagisce all'emergenza – non consentirebbe alcun vaglio giurisdizionale<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> In proposito, preme osservare che l'emergenza viene protratta dal gennaio 2020 in base alle risultanze dei rilievi antigenici o molecolari, oltreché di ricoveri e denunce di sintomatologia o patologia. Sui primi, di recente la FDA, ente governativo americano che si occupa di autorizzazione farmacologica -la corrispondente AIFA negli USA- ha emanato un documento in cui si dichiara che «Since no quantified virus isolates of the 2019-nCoV were available for CDC use at the time the test was developed and this study conducted, assays designed for detection of the 2019-nCoV RNA were tested with characterized stocks of in vitro transcribed full length RNA (N gene; GenBank accession: MN908947.2) of known titer (RNA copies/μL) spiked into a diluent consisting of a suspension of human A549 cells and viral transport medium (VTM) to mimic clinical specimen» (<https://www.fda.gov/media/134922/download>). Ciò significa che, almeno fino a un certo momento, i tamponi erano svolti attraverso l'impiego di rilevatori della normale influenza, attesa l'impossibilità di isolare la sequenza genetica del Sars-Cov-2. Non avendo ragione di dubitare della veridicità delle informazioni ufficiali rilasciate da un organo ufficiale, quale è l'istituzionale Food and Drug Administration americana, evidentemente ne deriva che l'intera impalcatura emergenziale, almeno quella relativa al periodo cui si riferisce il documento FDA, sarebbe da revocare in dubbio (il che non significa, bene precisarlo anticipatamente a chiarimento, che si stia qui negando la gravità della malattia o il virus in sé).

<sup>36</sup> Peraltro, la sentenza mostra, in questa parte, di ritagliare ad hoc le estrapolazioni di dottrina su cui basa le proprie statuizioni. Infatti, E. Frediani, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. Amm.*, marzo 2021, p. 137, sostanzialmente recuperato in citazione nella sentenza qui in commento, spiega come il legislatore sia chiamato a colmare quelle lacune fisiologiche della scienza: «la logica conseguenza di una tale incertezza quanto agli strumenti di intervento, unita all'insinuarsi nell'intera vicenda di dinamiche conflittuali tra centro e periferia, è quella di una non conformità del modello di azione prescelto rispetto al principio di tempestività degli interventi di contrasto al diffondersi della pandemia. Ne costituisce dimostrazione la circostanza per cui, in primis, all'atto di dichiarazione dello stato di emergenza, la strada seguita è stata quella del ricorso a strumenti di contrasto ex post e non ex ante di una epidemia che di lì a poco si sarebbe abbattuta sull'intero territorio nazionale. In altri termini, l'utilizzo del potere di ordinanza di cui all'art. 25 del codice della protezione civile, al fine di fronteggiare in via preventiva il diffondersi del coronavirus, appare il risultato di un errore di impostazione di carattere metodologico che incide peraltro sulla tempestività dell'azione pubblica e denota una distorta applicazione dell'idea stessa di resilienza. Le ordinanze in questione, infatti, si fondano sul presupposto di situazioni, eventi o calamità 'già verificatisi', dato non del tutto trascurabile a fronte della chiaramente distinta necessità di prevenire ex ante e gestire in itinere il diffondersi di una pandemia. Appare evidente come questo difetto di impostazione abbia contribuito a portare nuovamente ad emersione una criticità che attiene, in particolare, al primo livello della 'strategia strutturata' di analisi del rischio, ossia al momento che corrisponde alla valutazione di quest'ultimo». È chiaro, quindi, come tale intervento legislativo assuma un significato politico e non possa ritenersi a carattere tecnico-amministrativo, giustificato altrettanto dalla scienza. Invero, vale sempre il paradosso di Epimenide per cui delle due l'una: o la scienza lascia margine alla politica, stante la sua consustanziale incapacità a coprire l'intero scibile, ovvero lo copre, ma in tal caso la tecnica diviene – eccome

L'iter argomentativo seguito dal Consiglio di Stato è smentito da rilievi fattuali<sup>37</sup> e la ragionevolezza delle statuizioni è scricchiolante già per l'impostazione concettuale da cui la Corte prende le mosse, ovverosia dalla ritenuta indubitabile sicurezza del farmaco autorizzato in CMA, posta a base del rigetto di tutte le istanze degli appellanti<sup>38</sup>.

Come già accennato, inoltre, se il giudice è soggetto solo alla legge<sup>39</sup> e nel pronunciarsi deve fare corretta applicazione delle norme dell'ordinamento, senza mai sconfinare in attestazioni rispondenti a convinzioni personali o al proprio bagaglio di conoscenze, la pronuncia *de qua* sconfessa del tutto tale principio<sup>40</sup>.

Non sorprende, va detto, in un momento storico in cui l'impianto tradizionale del diritto e, ben più pericolosamente, l'impalcatura costituzionale dell'ordinamento hanno rivelato la loro fragilità al cospetto dell'emergenza<sup>41</sup>. Addirittura si è sostenuto con la massima autorevolezza che il legislatore ben può introdurre nuovi strumenti normativi per far fronte

---

– sindacabile, con punte eventuali di sostituibilità, ancorché restituita agli organi amministrativi o adottata di concerto ai consulenti tecnici, appunto, del giudice.

<sup>37</sup> A titolo esemplificativo si veda <https://www.cnn.com/2021/09/27/harvard-business-school-temporarily-moves-some-mba-classes-online-to-curb-covid-outbreak.html>, ove si legge: "The school, located in Boston, is switching to remote learning through Oct. 3 to try to suppress the virus, which is mostly infecting the university's fully vaccinated graduate students, according to the institution's website. Roughly 95% of the university's students and 96% of its staff are vaccinated. More than 1,000 students are enrolled in the business school's class of 2023".

<sup>38</sup> Peraltro, il richiamo alla conversione in autorizzazione ordinaria della CMA per le cure oncologiche, compiuto al paragrafo 27.1 della sentenza, prova troppo e non tiene sul piano logico. Data la profonda diversità tra le due malattie, non paragonabili, occorre rilevare, altresì, la differente natura dei farmaci: la terapia ha carattere curativo, la vaccinazione ha funzione preventiva. Mentre la prima agisce a malattia in corso, quindi, l'altra interviene su soggetti anche sani o asintomatici. Inoltre, il livello percentuale di mortalità e curabilità delle due distinte manifestazioni patologiche è rovesciato. Ciò influenza certamente il processo decisionale e valutativo per la conversione dell'autorizzazione, operato sul rapporto rischio-beneficio, come richiesto ai sensi dell'art.14-bis, Reg. CE n. 726/14. Anche in termini giuridici, poi, a nulla rileva l'avvenuta conversione in autorizzazioni ordinarie delle prime (par. 26.5), posto che non se ne può certo ritrarre un valido criterio generale, atto a legittimare la procedura *ea ipsa*. Da tanto si può ricavare solo l'avvenuta conversione per il farmaco che l'ha già ricevuta, ma quella specifica autorizzazione, o anche plurime eventualmente intervenute in successione, non hanno alcun rilievo dirimente in termini probatori sull'affidabilità *pro futuro* della CMA, che dipende, piuttosto, dall'oggetto della procedura e non dalla procedura in sé. Il collegio, invece, in modo irragionevole, poggia su tale assunto addirittura il presupposto logico concettuale per respingere l'intero ricorso.

<sup>39</sup> Si vedano, in proposito, gli articoli 101, 103, 104, 111 e 113 Cost., per autonomia, indipendenza e obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziali, nonché per il ruolo del Consiglio di Stato nell'ordinamento e per il diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, da leggersi in combinato disposto con l'art. 13 CEDU e con il diverso art. 47 CDFUE sulla sua effettività. Per un approfondimento: L. Bertonazzi, *Il contributo di Amorth alla nozione giuridica di gerarchia*, in *Dir. Amm.*, marzo 2021, p. 3.

<sup>40</sup> Si vedano, in particolare, i punti 34.2 e 34.3 della sentenza del Consiglio di Stato qui in commento.

<sup>41</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020; nonché, [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/RDC\\_04\\_2020\\_0890-SIRENA.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/RDC_04_2020_0890-SIRENA.pdf), e G. Guzzetta, *L'impatto delle misure anti-pandemiche sulla forma di stato e di governo* in S. Foà e A. Camaiani (A cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, cit.; anticipava già acute osservazioni critiche N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007 e, dello stesso Autore, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

all'emergenza: un legislatore che da creatore delle leggi, quindi, diviene creatore dell'ordinamento<sup>42</sup>.

Tuttavia, come noto, il problema si pone allorché la funzione legislativa e quella esecutiva si assommano in capo ad un unico organo, ancorché non formalmente ma in termini sostanziali, e i limiti all'azione dell'esecutivo, nonché i suoi presupposti, vadano comunque ricondotti al Governo. V'è da chiedersi, pertanto, quale democraticità residui in questo Stato<sup>43</sup>.

Se poi anche l'organo giudiziario si allinea acriticamente alle valutazioni dell'amministrazione, rifugiandosi sulla insindacabilità del merito (politico, ma che definisce) amministrativo, ecco che viene al pettine il nodo sopraccennato: *quid iuris* e quale giustizia è possibile laddove, per via dell'emergenza, il potere si accentri nelle mani del Governo, al contempo legislatore ed esecutore, e contro le cui scelte non è dato alcun sindacato, poiché tali decisioni sono discrezionali, tecniche o politiche? Ci risponderà la storia.

Al momento, affinché siano garantiti il diritto di difesa o il diverso diritto a un ricorso effettivo (tutelati dagli artt. 24, 113 Cost. e 117, c. 1, Cost., in combinato con l'art. 13 CEDU, nonché dall'art. 47 CDFUE), l'adesione acritica del giudicante verso la discrezionalità tecnica su cui poggia perfino l'atto normativo appare temibile.

Nell'emergenza sanitaria, l'atto normativo è adottato sulla base di considerazioni tecnico-scientifiche e lo stesso atto (tecnico-)normativo vincola l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti a valle. Sicché, in tale sequenza tecnico-normativo-provvedimentale, rinunciare a priori a tenere in qualsiasi conto proposte altrettanto tecniche, ma alternative a quelle sposate dal governo, significa abiurare la funzione giudicante e svuotare la democrazia di un reale sistema di *checks and balances*. Ciò in quanto l'intero potere decisorio, normo-amministrativo, già compresso sostanzialmente in un unico organo, è rimesso a consultazioni tecniche ritenute insindacabili.

---

<sup>42</sup> Il riferimento è qui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 198/2021, a mente della quale è «8.1.1.– [...] ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire (sentenza n. 37 del 2021)».

<sup>43</sup> Si vedano sul punto le tesi sostenute dall'Osservatorio Permanente per la Legalità Costituzionale, disponibili al link <https://generazionifuture.org/sistema-normativo-delle-fonti-nel-governo-giuridico-della-pandemia-illegittimita-diffuse-e-strumenti-di-tutela/>

Il tutto, ovviamente, salvo a non voler concludere la natura schiettamente politica degli atti, con le conseguenti responsabilità che ciò reca, senza trincerarsi dietro un'irragionevole copertura amministrativa, che maschera con fatica uno spazio di assunta giustiziabilità realmente insussistente<sup>44</sup>.

Pertanto, per quanto d'interesse in questa sede, proprio il rilievo, compiuto in assenza di ogni pregiudizio, della sussistenza di copiose critiche in ambito scientifico sulla capacità del vaccino anti-Covid a determinare effetti utili sul governo della malattia, nonché sui rischi potenziali di una sua diffusa somministrazione durante una pandemia, rinsalda i dubbi di legittimità circa la descritta impostazione argomentativa del Consiglio di Stato<sup>45</sup>. Dette critiche, infatti, avrebbero perlomeno dovuto condurre la Corte, se non a investire la Consulta delle censure di ragionevolezza mosse dagli appellanti, a compiere un sindacato pieno, che apprezzasse l'intervenuta scelta tecnica, mettendo in campo tutti gli strumenti che il rito amministrativo offre a tale scopo.

**Abstract:** Con sentenza n. 8340/2021 del 20 ottobre 2021, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso di alcuni sanitari e confermato la legittimità dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid, introdotta dal d.l. n. 44/2021. La presente nota prova a sottolineare le diverse conclusioni cui si sarebbe potuti pervenire portando all'attenzione della Corte la

<sup>44</sup> Non sfugge la sovrapposizione concettuale tra i piani amministrativo e legislativo. Tuttavia, è proprio in ciò che si estrinseca la sequenza normativa dell'emergenza, recentemente validata – pur parzialmente – dalla s.n. 198/2021 della Corte costituzionale, che ha ritenuto legittima l'adozione di atti aventi forza di legge che demandino a successivi atti di alta amministrazione (i DPCM) la definizione del contenuto prescrittivo della norma. È evidente che i presupposti dell'atto normativo o dell'atto amministrativo successivo sono anch'essi espressione di un potere discrezionale dell'amministrazione (CTS o consulenti del Governo) – peraltro connotato da una scarsa trasparenza, data la segretezza dei verbali. Pertanto, a una ritenuta insindacabile discrezionalità tecnica nella valutazione dei presupposti degli atti amministrativi, che specificano la norma (ma che, a ben vedere, si pongono anche alla base delle stesse scelte politiche, specialmente quelle legate alla valutazione della persistenza dello stato d'emergenza), si aggiunge l'ulteriore discrezionalità politica dell'organo di governo, espressione del potere esecutivo, come tale indubitabilmente insindacabile in via giudiziale. Ne consegue che la giustiziabilità degli atti è sostanzialmente azzerata, con sacrificio del diritto di difesa, del diritto a un ricorso e alla sua effettività. Per un approfondimento sul ruolo del g.a. nell'emergenza si veda M.A. Sandulli, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustiziainsieme*, aprile 2021.

<sup>45</sup> Si vedano, a mero titolo esemplificativo, P. Doshi, *Will Covid-19 vaccines save lives? Current trials aren't designed to tell us*, in *BMJ*, ottobre 2020, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33087398/> e P. Doshi *Pfizer and Moderna's 95% effective vaccines - we need more details and the raw data*, in *BMJ*, gennaio 2021, disponibile al link <https://blogs.bmj.com/bmj/2021/01/04/peter-doshi-pfizer-and-modernas-95-effective-vaccines-we-need-more-details-and-the-raw-data>, dove l'autore scrive: "There is a clear need for data to answer these questions, but Pfizer's 92-page report didn't mention the 3410 "suspected covid-19" cases. Nor did its publication in the New England Journal of Medicine. Nor did any of the reports on Moderna's vaccine. The only source that appears to have reported it is FDA's review of Pfizer's vaccine", rinviando alla fonte <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMoa2034577>. Si veda, inoltre, P.D. Thacker, *Covid-19: Researcher blows the whistle on data integrity issues in Pfizer's vaccine trial*, cfr. *BMJ*2021;375:n2635. doi:10.1136/bmj.n2635 pmid:34728500.

ragionevolezza dell'obbligo di per sé, piuttosto che la libertà di autodeterminazione del singolo.

**Abstract:** The Italian administrative Supreme Court rejected the appeal of some healthcare professionals and it confirmed the legitimacy of the anti-Covid vaccination obligation, introduced by the law decree no. 44/2021. This note tries to underline the different conclusions that could have been reached by bringing to the attention of the Court the reasonableness of the obligation itself, rather than the individual freedom of self-determination.

**Parole chiave:** vaccinazione – Covid-19 – Consiglio di Stato.

**Key words:** vaccination – Covid-19 – State Council.

**AUDIZIONE DELLA PROF.SSA MARINA CALAMO SPECCHIA  
COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA  
REPUBBLICA, 7 DICEMBRE 2021, ORE 16,00.**

**DDL 2463 (CONVERSIONE D.L. 172/2021 – OBBLIGHI VACCINALI E  
RAFFORZAMENTO CERTIFICAZIONI VERDI COVID-19).**

di Marina Calamo Specchia\*\*

75

In linea di continuità con la precedente audizione del 6 ottobre 2021, anche oggi si propongono alcune criticità in merito alla legittimità delle misure adottate con il d.l. n. 172/2021, concernente l'estensione dell'obbligo vaccinale e l'adozione del cd. super green pass per fronteggiare la diffusione del contagio.

Esiste, ad avviso di chi scrive, una contraddizione di fondo che verte sulla possibilità o meno, allo stato attuale delle evidenze scientifiche, di imporre legittimamente l'obbligo vaccinale, sebbene in astratto tale possibilità sia contemplata dall'art. 32 Cost.

In altri termini: allo stato attuale delle acquisizioni scientifiche è legittimo introdurre con legge l'obbligo di vaccinazione anticovid generale o selettivo?

Non costituisce un fatto nuovo che lo Stato intervenga per imporre ai cittadini determinati comportamenti in funzione della tutela dell'interesse generale, tentando di conciliare le esigenze dell'individuo con quelle della comunità sociale.

Né l'obbligo vaccinale – previsto dall'art. 32 Cost. – può essere letto solo in connessione a emergenze sanitarie: da anni ormai la legge n. 119/2017 prevede 10 vaccinazioni pediatriche obbligatorie come strumento di prevenzione ordinaria nei confronti di altrettanti virus.

---

\*\* Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale comparato – Università di Bari “Aldo Moro”.

C'è dunque qualcosa di anomalo nelle nuove misure anticovid tra le quali figura l'estensione dell'obbligo vaccinale selettivo ad altri comparti lavorativi (scuola e forze dell'ordine, oltre a sanitari)?

Per sciogliere questo interrogativo, occorre verificare quali sono le condizioni che legittimano l'imposizione di un obbligo vaccinale.

Com'è noto l'art. 32 Cost. consente l'imposizione con legge di un trattamento sanitario obbligatorio: nella nozione di TSO rientrano diverse fattispecie, tra cui anche l'obbligo vaccinale. Questo dato, tuttavia, non è sufficiente per affermare che la Costituzione riconosca un potere generale di adottare un TSO: la riserva di legge contenuta nell'art. 32 è difatti assoluta e rinforzata proprio a garanzia dell'integrità fisica della persona umana, tant'è che il Costituente ha voluto porre come clausola di chiusura e di salvaguardia il divieto, non negoziabile, di trattamenti che possano violare la dignità umana (si legge in detto comma «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»).

Il diritto alla salute viene così declinato secondo la fisionomia tipica dei diritti fondamentali che riflette la centralità che la Costituzione ha voluto assegnare alla persona umana: il diritto individuale alla salute è perciò dotato di una propria autonomia concettuale collegata al principio personalista che connota l'intera struttura costituzionale e che porta ad escludere che il diritto individuale alla salute possa *recedere sic et simpliciter* rispetto alla tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Siamo al cospetto di una tipica fattispecie complessa nella quale devono essere armonizzati/bilanciati il diritto di autodeterminazione del singolo, che si traduce anche nella libertà di curarsi e nel diritto a rifiutare le cure, e l'interesse collettivo alla salute: infatti, la copertura dell'art 32 Cost. ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, soprattutto a condizione che il sacrificio sia, in termini proiettivi (cioè non solo per il presente, quando la valutazione dei costi/benefici si conclude a vantaggio dei secondi grazie alla minore gravità delle malattie eventualmente contraibile, ma anche nel lungo periodo, escludendo effetti avversi gravi ad ampia diffusione che solo un intervallo cronologico ampio può accertare), certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per l'individuo sottoposto a trattamento.

Requisito che non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco sia ancora non pienamente sperimentato (così la sentenza storica della Corte costituzionale n. 307/90, richiamata anche



dalla recente sentenza Corte costituzionale n. 5/2018), considerato che per i vaccini anti Covid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento (terminerà tra il 2022 e il 2023) e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli ipotetici effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine<sup>1</sup>, nel mentre esistono casi acclarati di trombosi venosa, anche con effetti letali.

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, a tratti assiomatica, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali sono secretati, e spesso contraddittoria), i quali hanno sempre diritto a rifiutare un trattamento sanitario, a meno che esso non rivesta carattere obbligatorio, 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.

In base al principio di precauzione e al patto intergenerazionale, di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o 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”<sup>2</sup>; 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 anti Covid, difettano quei presupposti scientifici in base ai quali la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto legittimo 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. 13<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Così il Prof. M. Bizzarri, *Audizione in Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 6 ottobre 2021*.

<sup>2</sup> A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista Aic* n. 3/2021, p. 443.

<sup>3</sup> A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris*, cit., pp. 451-452.

Quali sono, dunque, le condizioni di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale indicate dalla giurisprudenza costituzionale?

La configurazione del diritto alla salute come diritto personale di carattere fondamentale viene affermato nella decisione n. 88/1979, nella quale il bene salute «è tutelato dall'art. 32 Costituzione, non solo come interesse della collettività, ma anche come un diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»; la Corte ha poi ribadito nella sentenza n. 184/1986 che «La lettera del primo comma dell'art. 32 Cost. [...] fa precedere il diritto fondamentale della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima». La via tracciata dalla Corte è quella di orientare il legislatore alla ricerca di un equilibrio tra istanze potenzialmente confliggenti: il diritto all'autodeterminazione personale e gli interessi della comunità, che vanno ponderati nel rispetto dei criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità in relazione al principio di solidarietà ex art. 2 Cost.

E proprio con riferimento al rapporto tra diritto individuale alla salute e principio di solidarietà va testata la legittimità dell'obbligo vaccinale selettivo e conseguentemente del green pass rafforzato.

Il *discrimen* è dato dal carattere non pienamente stabile dei dati di lungo periodo, i cui accertamenti tecnici sull'efficacia immunizzante e sugli effetti collaterali sono suscettibili di variare nel tempo e dunque sono sostanzialmente ancora in fase di acquisizione: 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 discutibile un obbligo vaccinale generalizzato e, dunque, che si possa addivenire all'introduzione di un obbligo vaccinale selettivo ossia limitato a determinate categorie di soggetti, trattamenti sanitari obbligatori che, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza n. 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». Secondo il giudice costituzionale, il legislatore non può stabilire, affidandosi alla mera discrezionalità politica, quali siano le pratiche terapeutiche ammesse e i loro presupposti: in questo senso è chiara la linea di demarcazione tra il sapere scientifico, che assume in determinate circostanze la valenza di parametro interposto<sup>4</sup>, e la decisione

---

<sup>4</sup> C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

politica che non appare rigida nella sua esplicitazione. La discrezionalità del legislatore si estende o si contrae anche in rapporto al grado di certezza delle evidenze scientifiche, alla loro condivisione nell'ambito della comunità scientifica, condivisione che non presuppone la staticità del dato ma la sua stabilità, caratteristica che non esclude che essa possa evolversi nel tempo. Il decisore politico è chiamato, così, a bilanciare in concreto, caso per caso i diversi potenziali rischi che possono derivare dalla condotta imposta (leggi: la somministrazione vaccinale) o dalla condotta vietata (leggi: la limitazione di attività rilevanti per la salute psico-fisica). Senza considerare che la riduzione dello spazio della discrezionalità legislativa, dovuta alla ponderazione del dato scientifico e delle variabili di contesto, comporta analoga riduzione dello spazio di tutela giurisdizionale delle scelte limitative dei diritti fondamentali, sicché rilievo cruciale assume la trasparenza delle modalità di acquisizione e verifica e ponderazione delle risultanze scientifiche nella valutazione del rischio, realizzandosi una sorta di trasposizione della garanzia dei diritti fondamentali in gioco dalla tutela giurisdizionale ai processi decisionali di valutazione del rischio, che non può essere semplicemente superato da una qualche utilità del vaccino per la salute collettiva a discapito del soggetto vaccinato, il cui rischio per la salute individuale deve essere transitorio e ponderato<sup>5</sup>.

D'altra parte, nel caso di obbligo vaccinale selettivo mancherebbe lo specifico nesso tra la tutela individuale della salute e lo svolgimento di determinate professioni rischiose, potendo il sanitario, il docente e il poliziotto contrarre il virus anche al di fuori dell'esercizio della professione. Diverso è il caso delle vaccinazioni connesse all'esigenza di garantire la salute individuale dal rischio professionale (tipico esempio la vaccinazione antiepatite per i medici, o la vaccinazione antitetanica per i metalmeccanici): ma nei casi citati siamo in presenza di vaccinazioni ampiamente sperimentate sia sotto il profilo della protezione individuale sia sotto il profilo degli eventi avversi.

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: in tal senso va letto il divieto assoluto dell'art. 32, c. 2, per il quale «la legge non può in

---

<sup>5</sup> G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *giustiziainsieme.it*.

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» (sentenza 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 dell'obbligo vaccinale 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 conformarsi<sup>6</sup>. 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, come estrinsecazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.);
- legislativa, e dunque fonte del diritto subordinata alla Costituzione, cui deve rispetto ex art. 117, c. 1, il principio di precauzione.

---

<sup>6</sup> T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *BioLaw Journ – Rivista di BioDiritto*, 24 marzo 2020.

Poiché secondo quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>7</sup> non è possibile istituire una gerarchia tra le varie figure di diritti fondamentali neppure in presenza di un regime emergenziale, 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 da perseguire a ogni costo e con ogni mezzo. E questo vale anche per il rapporto tra diritto individuale alla salute e tutela dell'interesse collettivo alla salute, che si traduce nel rapporto dinamico e non statico tra diritti individuali e principio di solidarietà, che richiedono quella tutela sistemica e non frazionata di cui alla sentenza n. 85/2013.

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

<sup>7</sup> Il principio di necessario bilanciamento è limpidamente affermato nella sentenza sul caso ILVA (sent. n. 85/2013) 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» (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». È utile ricordare che in questa sentenza, in presenza di dati certi di tutela della salute (il piano di riconversione industriale dell'ILVA), la Corte ha ritenuto ragionevole la continuità produttiva, bilanciando diritto alla salute collettiva, diritto al lavoro e diritto di iniziativa economica. Questo principio è stato riaffermato con forza e sviluppato dall'allora Presidente della Corte Marta Cartabia nella Relazione annuale della Corte del 2019 presentata il 28 aprile 2020. Afferma la Presidente Cartabia che “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, anche in regime di pandemia occorre rispettare il principio del bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali, che implica che nessun diritto possa prevalere sull'altro e che le eventuali limitazioni debbano rispondere al principio di proporzionalità declinato anche nello stato di emergenza secondo i cinque criteri indicati dalla giurisprudenza costituzionale: *necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità*.

proporzionalità e si traducesse nella violazione di diritti fondamentali e dunque in un pregiudizio degli interessi di quella stessa collettività che si vuole tutelare.

Né è corretto invocare ciò che è stato disposto in altri ordinamenti costituzionali: ammesso pure che altri Paesi abbiano introdotto l'obbligo vaccinale selettivo (come ad es. Francia e Austria), ciò non toglie che la valutazione della compatibilità di simili misure con le disposizioni costituzionali non può essere condotta in astratto, ma avendo cura di considerare i singoli assetti sistemico-costituzionali (principi fondamentali, diritti, libertà) con cui quelle misure si dovranno relazionare. Come insegna, infatti, una corretta applicazione del metodo scientifico della comparazione giuspubblicistica, potrebbe emergere che la medesima misura risulti compatibile con la Costituzione austriaca o con quella francese, ma in contrasto con la Costituzione italiana.

Con riferimento agli obblighi vaccinali selettivi, valgono le medesime considerazioni critiche svolte con riferimento alla possibilità di introdurre l'obbligo generale del vaccino anti Covid:

- 1) in primo luogo, va sottolineato l'insufficienza del fattore "tempo" nell'ambito della sperimentazione e in relazione al conseguimento di evidenze scientifiche stabili in relazione agli affetti avversi e agli effetti di lungo periodo, tali da consentire un'adeguata valutazione del rapporto costi-benefici non solo in termini di prevenzione dalla malattia ma anche in relazione all'incidenza degli eventi futuri avversi, presupposto per la scelta di somministrare in via generalizzata i vaccini a tutta la popolazione;
- 2) il fattore *tempo* ha evidenziato altresì che dopo qualche mese di somministrazione le case farmaceutiche per le due sostanze mRNA Comirnaty di Pfizer/BioNTech e Moderna) hanno dovuto inserire nell'allegato I dell'autorizzazione condizionata due gravi effetti avversi, la miocardite e la pericardite;
- 3) a fronte di effetti avversi manifestatisi nella prima fase della somministrazione vaccinale, alcuni paesi come L'Islanda, La Danimarca, la Svezia, la Norvegia e la Finlandia hanno sospeso la somministrazione del vaccino Moderna; per le stesse ragioni l'Italia ha sospeso la somministrazione del vaccino Astrazeneca a causa di numerosi casi di trombosi – alcuni di essi fatali – collegati a tali somministrazioni;
- 4) l'assenza di una farmacovigilanza *post-marketing* attiva (c.d. fase 4) ma solo di quella passiva, cioè non monitorata dai medici e dagli organismi a ciò deputati, ma affidata alle

spontanee segnalazioni dei pazienti non contente di ritenere adeguato il livello di sicurezza del vaccino nel medio-lungo periodo;

5) l'incertezza dell'efficacia temporale dei vaccini, prima stimata in circa 9 mesi, poi ridotta a 6 mesi e attualmente aggirabile intorno ai 3 mesi impedisce il formarsi di un protocollo stabile in relazione all'effettiva funzione preventiva del farmaco.

A queste circostanze di fatto che sono ormai di pubblico dominio e non smentite neanche dalle stesse case farmaceutiche, al netto del dubbio sull'attendibilità dei dati utilizzati legittimamente indotto dal recente scandalo Ventavia-Pfeizer, si aggiungono alcune circostanze di dritto che inducono a ritenere che allo stato non sia possibile introdurre un obbligo vaccinale generale e che l'obbligo vaccinale selettivo sia affetto da plurimi profili di incostituzionalità.

Sin dalla sentenza n. 258/1994, la Corte costituzionale è ferma nello spiegare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione in presenza dei seguenti presupposti:

- a) «se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. sentenza 1990 n. 307)»;
- b) se vi sia «la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto tollerabili»;
- c) Se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una «equa indennità» in favore del danneggiato. E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale «trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla loro natura».

Pertanto, gli accertamenti parziali e provvisori perché in continua evoluzione, ma soprattutto la limitata forbice temporale della sperimentazione (la cui quarta fase, va



ribadito, è ancora in corso) assolutamente insufficiente a radicare quella base scientifica che costituisce il necessario presupposto per il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore, che in campo sanitario è com'è noto vincolato dai risultati della ricerca medico-scientifica, non sono idonei a garantire – allo stato – la sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale tanto dei sanitari, quanto delle ulteriori categorie oggetto dell'estensione di cui al d.l. 172/2021, costituendo di fatto un'anomalia giuridica.

In particolare l'obbligo vaccinale anticovid selettivo rivela la sua illogicità anche con riferimento ai programmi di vaccinazione delle persone a rischio per esposizione professionale a malattie infettive, i quali programmi di vaccinazione sono raccomandati ([www.salute.gov.it/portale/vaccinazioni](http://www.salute.gov.it/portale/vaccinazioni)) e non obbligatori: non si comprende, pertanto, la ragione per cui, in relazione al vaccino anticovid, le medesima categoria di professionisti debba subire un trattamento giuridico differenziato in relazione al medesimo rischio professionale.

A fronte di tali conclusioni, non può non rilevarsi l'erroneità, a tratti sconcertante, della sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021: il giudice amministrativo ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale selettivo anticovid e, pur in presenza di dati scientifici espressamente definiti «non completi» (punto 26.3), «parziali e provvisori» (punto 27.2), ha contraddittoriamente concluso che «nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente bisognose poi di conferma» (27.2). Per sostenere questa tesi, il Consiglio di Stato ha richiamato come precedente l'autorizzazione provvisoria di 30 farmaci oncologici e ha sostenuto che il vaccino come tutti gli altri farmaci non è esente da rischi compreso quello da «ignoto irriducibile», non potendosi attendere un tempo lunghissimo per tutte le possibili sperimentazioni (punti 28 e 30) e che il bilanciamento rischi /benefici è assolutamente accettabile (punto 31), riconoscendo al legislatore la più ampia discrezionalità nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive (punto 32.6).

Evidente la contraddittorietà di certe affermazioni del Collegio:

1) erroneo e fuorviante il riferimento ai 30 farmaci oncologici, nessuno dei quali era previsto come trattamento sanitario obbligatorio, ma la cui somministrazione era subordinata a un rigoroso consenso informato e al principio di autodeterminazione del paziente (Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018 e n. 242 del 22 novembre 2019);

2) per imporre un farmaco occorre non solo accertare l'efficacia, ma soprattutto la sicurezza: il rapporto AIFA cui si riferisce la sentenza contiene alcuni dati sulle morti in Italia da vaccino anti Covid (608) ignorati dalla sentenza; come pure la sentenza si guarda bene da menzionare il cd. scudo penale generale da danno da inoculazione da vaccino per tutti gli operatori sanitari che hanno fatto partire la campagna vaccinale solo a seguito dell'esenzione totale da responsabilità. Un unicum che non si rinviene in altre profilassi vaccinali.

3) Anche la valutazione dell'irrelevanza del futuro evento avverso, ovvero dell'ignoto irriducibile, sembrano frutto non di un'attenta analisi dei dati disponibili, sebbene provvisori, ma di una valutazione di dati scelti in modo discrezionale e funzionale a sostenere una determinata tesi, omettendo di considerare che proprio la forbice temporale, ossia il lasso di tempo necessario allo svolgimento della fase di farmacovigilanza è direttamente proporzionale al grado di sicurezza del farmaco in esame. E mostrando così di adottare un'interpretazione del principio di precauzione piegata sulla scelta di uno solo dei valori in gioco, ossia l'interesse collettivo alla salute, che così assume i caratteri di un super-valore costituzionale in dispregio di quella stessa giurisprudenza costituzionale che la sentenza assume come fondamento per affermare la legittimità costituzionale dell'obbligo: in particolare si allude al bilanciamento tra libertà individuale e salute collettiva che la Corte costituzionale in tema di TSO ritiene possibile solo quando il vaccino «non incide negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato» nel senso di limitare gli effetti collaterali a quelli meramente temporanei e di scarsa entità (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 258; Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 4) dimostrando così di aderire ad un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione, che 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.

Se ne trae l'impressione che con questa decisione il giudice amministrativo abbia assolto più a una funzione (politica) di garantire la stabilità governativa e non alla funzione giurisdizionale tipica di garantire la conformità dell'operato politico alla legge e alla

Costituzione, in virtù di quell'interpretazione conforme alla Costituzione cui tutti i giudici sono tenuti<sup>8</sup>.

Le riflessioni sulla costituzionalità del super green pass discendono direttamente dai dubbi di costituzionalità dell'obbligo vaccinale.

Inutile sottolineare che il super green pass produce plurimi trattamenti differenziati illegittimi sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative: va ribadito che 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 che tale proporzionalità vada testata «in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita» (sentenza n. 163/1993)<sup>9</sup>.

Di seguito alcuni indici sintomatici circa la sussistenza di un trattamento differenziato irragionevole rispetto a talune delle misure istituite dal dl 172/2021:

a) Disparità di trattamento tra vaccinati e non vaccinati nell'accesso selettivo ad alcuni servizi e attività. La sola idea di imporre il lockdown ai soli non vaccinati, rei di aver esercitato il diritto all'autodeterminazione corollario della libertà personale, urta contro qualunque logica giuridica. Se il green pass base conservava un minimo di legittimità offrendo l'alternativa tra vaccino e tampone, con tutte le perplessità evidenziate nell'audizione del 6 ottobre 2021, l'aver imposto il *super green pass* come condizione di accesso per i vaccinati a determinati servizi e attività (locali al chiuso, bar, cinema, teatri, piscine ecc.) determina un vulnus della libertà personale intesa quale dimensione non solo fisica ma anche psichica e viola sia il principio di eguaglianza sotto il profilo dell'irragionevole trattamento differenziato in base a condizioni personali.

<sup>8</sup> Per le riflessioni qui riportate si rinvia alla puntuale nota di G. Scarselli, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*, in *giustiziainsieme.it*

<sup>9</sup> La Corte costituzionale fissa nella citata sentenza i tre criteri che si impongono nel giudizio di proporzionalità: «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».

b) Disparità di trattamento tra vaccinati e non vaccinati in relazione alla raccomandazione vaccinale. Non essendo obbligatoria la vaccinazione, ad eccezione dell'accesso ai luoghi di lavoro per gli operatori sanitari, il personale della scuola e le FF.OO., ed acclarata la contagiosità dei vaccinati, che possono infettarsi e trasmettere la malattia, *chi non si vaccina sta semplicemente esercitando un proprio diritto*, e quindi *non si può imporre trattamento differenziato deteriore in relazione al libero esercizio di un diritto*, che non può portare a penalizzazioni di sorta nei confronti di chi legittimamente lo esercita. Il rilievo di non proporzionalità della misura attiene anche 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, introducendo 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 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 (art. 3, comma 2, Cost.).

c) Obbligo vaccinale anti Covid per determinate categorie professionali. Com'è noto con il dd.ll. nn. 44/2021 e 172/2021 è stata introdotta la vaccinazione obbligatoria per i sanitari, il personale scolastico e le forze dell'ordine. Al netto di tutte le considerazioni prima

esposte sulla sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale in relazione allo stato delle evidenze scientifiche in continua evoluzione, la compressione del fondamentale diritto al lavoro, che viene subordinata al requisito della vaccinazione declassandolo da diritto fondamentale a mera aspettativa in presenza di determinati presupposti, è aggravata dalla minaccia della sospensione dal diritto al lavoro e dalla retribuzione, bloccando la corresponsione di ogni emolumento: com'è noto, la sospensione dal lavoro fa scattare automaticamente il diritto all'assegno alimentare che non ha valore retributivo ma assistenziale. Infatti, il d.l. n. 44 e il d.l. n. 172 parla di sospensione dalla *retribuzione* non dall'assegno alimentare, che ha natura indennitaria e si riferisce al minimo vitale per sé e per la propria famiglia, come prescrive l'art. 36 Cost, c. 2, Cost. La corresponsione dell'assegno alimentare, previsto dalle norme vigenti, è un automatismo in caso di sospensione disciplinare, e ancor di più se il dipendente non ha commesso alcuna infrazione correlata alla prestazione lavorativa, considerato che è lo stesso d.l.n. 172 – e precedentemente anche il d.l. n. 44 con riferimento al comparto sanitario – a stabilire che la sospensione dal lavoro per mancata vaccinazione non ha carattere disciplinare. In questo caso siamo al cospetto di una sanzione accessoria con evidente carattere punitivo *contra legem*, nonostante si sia escluso il carattere disciplinare della sospensione. Pertanto, la mancata previsione dell'assegno alimentare viola l'art. 36 della Costituzione. La sospensione dal lavoro, come misura precauzionale, comporta un irragionevole, perché sproporzionato, bilanciamento del diritto al lavoro e a un'equa retribuzione, da un lato, e il dovere di solidarietà e il diritto alla salute individuale e collettivo, dall'altro. Anche perché persistono ancora i dati incerti in ordine alla copertura vaccinale e agli effetti avversi di lungo periodo. Con riferimento al comparto sanitario, va altresì rilevato che l'art. 1, d.l. n. 172/2021 ha sostituito in blocco l'art. 4, d.l. n. 44/2021 che disciplina l'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari, senza prevedere nessun regime transitorio per i sanitari colpiti da sospensione sotto il vigore della precedente disciplina, i cui effetti sono travolti dall'entrata in vigore del nuovo decreto, con conseguente diritto alla riammissione in servizio e alla retribuzione: trattasi della piana applicazione del principio contenuto nell'art. 15 delle preleggi al codice civile, il quale dispone che le leggi, se non espressamente abrogate, possono comunque ritenersi abrogate implicitamente «per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».

c) Necessaria temporaneità delle misure che limitano i diritti fondamentali. Il super green pass ha una validità estesa al 15 gennaio 2022, mentre le misure dell'obbligo vaccinale selettivo si applicano per la durata di 6 mesi, a partire dal 15 dicembre. Nel mentre, con provvedimento del 14 dicembre 2021, lo stato di emergenza è stato ulteriormente prorogato dal 31 dicembre 2021 per ulteriori 3 mesi, sino a marzo 2022. Siamo al cospetto di una misura che comprime diritti e libertà fondamentali e che protrae i suoi effetti oltre il periodo di vigenza dello stato di emergenza, con il paradosso di essere stata deliberata in difetto della causa che ne giustificherebbe l'adozione. Infine, il d.l. n. 172 contiene misure a efficacia differita, che mal si conciliano con l'immediata applicabilità delle disposizioni del decreto-legge. 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, c. 3, 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 n. 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 materiale<sup>10</sup>, si tradurrebbe nella violazione dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione.

<sup>10</sup> 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.

e) Infine, se il fine è il contenimento del contagio, non si comprende la ratio per cui i giovani minorenni devono avere il *green pass* base mentre gli over 12 devono avere il super green pass per andare in palestra o in piscina, ma non per andare a scuola o all'università; così come il lavoratore deve avere il super green pass per accedere ai luoghi di lavoro o per prendere un treno interregionale, il green pass base per utilizzare il mezzo pubblico, mentre è libero di andare in un centro commerciale; oppure perché in ambito lavorativo diverso da quelli in cui vige l'obbligo vaccinale, è ammesso il tampone; oppure perché nell'obbligo vaccinale non sono inclusi anche i tirocinanti e gli studenti di medicina e di odontoiatria, il personale tecnico-amministrativo delle strutture sanitarie pubbliche e private e tutti quelli che operano nel comparto sanitario; oppure con riferimento al comparto dell'istruzione, non si comprende perché mai l'Università sia stata esclusa dall'obbligo vaccinale.

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, che però non sono scevri da vincoli e da limiti.

Resta forte la preoccupazione al cospetto del fatto che un tema così delicato, come quello dell'obbligo vaccinale e della limitazione dei diritti ai non vaccinati, possa essere risolto con strumenti totalmente discrezionali, aderendo a quell'opinione che nega di poter ricorrere ad un generico principio di ordine pubblico o di sicurezza allo scopo di giustificare limiti ai diritti fondamentali all'infuori dei casi in cui la Costituzione espressamente lo prevede<sup>11</sup>.

Siamo al cospetto della defondamentalizzazione della libertà personale, sovente considerata un retaggio dello Stato liberale, che va sacrificato in nome dell'interesse collettivo, così come affermato con una certa «leggerezza di cultura costituzionale» dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021: questa impostazione trascura, infatti, che nel nostro ordinamento nessuno può imporre un sacrificio individuale nemmeno quando sia in gioco il bene comune, perché altrimenti l'esercizio della libertà individuale non sarebbe responsabile in quanto sarebbe rimessa all'arbitrio del potere pubblico, e così travolgeremmo uno dei canoni fondamentali del costituzionalismo moderno, ossia il principio per cui i diritti fondamentali costituiscono argine al potere. Non a caso la Corte costituzionale nella sentenza n. 307 del 22 giugno 1990 affermava che il dovere di solidarietà «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli

---

<sup>11</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, II, 840.



altri». Una cosa è la solidarietà come esercizio di libera scelta, altra cosa è la solidarietà imposta. E di certo, alla base dell'obbligo vaccinale, dovrebbero esserci valutazioni di ordine medico-scientifico, non certo il principio di solidarietà, che va inteso quale tipica obbligazione morale reciproca della società civile, come tale incoercibile e scaturente dal personale convincimento che quel comportamento corrisponda a un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, senza che occorra oppure no prevedere un obbligo: in tal senso, il principio di solidarietà diviene manifestazione del principio personalista nel rispetto del principio di autodeterminazione e delle istanze collettive, ma a condizione che il trattamento sia diretto a preservare lo stato di salute di chi lo subisce e che all'autolimitazione del diritto del singolo di rifiutare le cure debba corrispondere il sacrificio che la collettività deve subire quando al singolo derivi un danno dal trattamento sanitario.

Il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio assoluto che presiede al bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

Ma anche a voler prescindere dalle chiare indicazioni della lettera dell'art. 32 Cost., l'evoluzione del nostro ordinamento giuridico registra una crescente valorizzazione dei diritti di autodeterminazione, come il consenso informato, l'autodeterminazione della cura, il testamento biologico (DAT) e il coevo dibattito sul diritto di fine vita, che mostra un'indicazione preferenziale per modelli non impositivi in grado di riflettere in modo più adeguato l'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

Non si condivide, pertanto, quell'orientamento che individua nel principio di solidarietà sociale la sola causa giustificativa delle misure di contenimento e della somministrazione vaccinale e il presupposto della prevalenza della dimensione collettiva sulla dimensione individuale del diritto alla salute, secondo un'accezione di solidarietà orizzontale distinta e autonoma dalla solidarietà verticale o istituzionale e come tale idonea a rendere accettabile la perdita di diritti per chi rifiuta di sottoporsi *volontariamente* alla vaccinazione<sup>12</sup>. Trattasi di una formulazione dei doveri di solidarietà che trascenderebbe la lettera dell'art. 2 Cost.

---

<sup>12</sup> Q. Camerlengo e L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 212 s.

che, al contrario, ancora il principio di solidarietà (rilevante per il diritto) alla tassatività delle fattispecie dei doveri costituzionali giuridicamente coercibili, nella quale si riflette il principio della certezza del diritto: in questo senso i doveri di cui all'art.2 Cost. sono quelli esplicitati dalla Costituzione e va esclusa l'idea di un catalogo aperto di doveri costituzionali, indeterminati e indeterminabili *ex ante*, perché potenzialmente idonei a interferire con le libertà fondamentali, limitandone la piena esplicazione<sup>13</sup>.

Per il diritto, infatti, l'obbligo vaccinale e la raccomandazione vaccinale non si pongono sullo stesso piano (Corte cost., sentenza n. 5/2018) quanto a effetti giuridici e il *discrimen* tra queste fattispecie giuridiche è la tutela della dignità umana – e dunque della garanzia della permanenza della salute del singolo individuo a somministrazione vaccinale avvenuta – come limite assoluto all'obbligo vaccinale e il consenso informato come riconduzione della somministrazione vaccinale al principio di autodeterminazione del singolo.

Il corretto inquadramento della solidarietà quale limite funzionalistico alla dimensione individuale della sfera giuridica, costituisce una solida base per i doveri menzionati dalla Costituzione fra i quali rientra il dovere che lo Stato può richiedere ai consociati, concorrenti alla realizzazione del bene comune, di sottoporsi a trattamenti sanitari purché disciplinati con legge<sup>14</sup>, escludendosi che si possa invocare il principio solidaristico come principio *persuasivo* in assenza di obbligo *ex lege*: nella storica sentenza n. 5/2018, che ha definito i profili del sistema vaccinale introdotto con il d.l. n. 73/2021 convertito nella l. n. 119/2017, la Corte ribadisce la necessità che la legislazione statale impositiva di obblighi vaccinali deve garantire il «diritto della persona di essere curata efficacemente [...] e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica», nel rispetto di condizioni «eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»<sup>15</sup>.

La dimensione non autoritativa della solidarietà, espressione di quell'obbligazione naturale della società civile a carattere di reciprocità, essendo logicamente incoercibile perché rimessa alla spontaneità della condotta/prestazione e pertanto difettosa del requisito della

<sup>13</sup> A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 2/2020.

<sup>14</sup> C. D'Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 16.

<sup>15</sup> Per un'analisi della decisione A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico – statistiche*, in *Consulta on line*, n. 1/2018.

giustiziabilità, risulta non idonea costituire il fondamento della mera raccomandazione vaccinale quale causa giustificativa dell'esercizio di diritti e libertà fondamentali. Viceversa, in caso di obbligo vaccinale, legittimamente imposto sulla base dei presupposti procedurali previsti dalla normativa nazionale e internazionale, la solidarietà orizzontale costituisce il corollario che arricchisce la solidarietà verticale quale fondamento dell'obbligo giuridico alla somministrazione vaccinale e la cui non osservanza è sanzionabile e giustiziabile, secondo la nota correlazione che esiste nel mondo del diritto tra obbligo giuridico e sanzione.

Tutte queste considerazioni, se giovano a chiarire la distinzione concettuale tra obbligo vaccinale e raccomandazione vaccinale (che non possono essere sovrapposti in quanto forieri di effetti giuridici diversi), non fugano i dubbi di legittimità che concernono il contenuto normativo del d.l. n. 172/2021. Da un lato, siamo al cospetto di un obbligo vaccinale illegittimo in quanto carente dei presupposti (evidenze scientifiche stabili sugli effetti avversi e/o collaterali di lungo periodo) che, riducendo al minimo il rischio di eventi dannosi per la salute del vaccinando tale da essere contenuto nei limiti della normale tollerabilità, renderebbero la previsione dell'obbligo conforme ai requisiti di sicurezza richiesti dalla giurisprudenza costituzionale affinché il TSO previsto dall'art. 32 non violi il divieto del rispetto della dignità umana.

Dall'altro, con riferimento al green pass (base e rafforzato) siamo di fronte in realtà a una molto significativa induzione alla vaccinazione (la c.d. 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 *super green* pass, in una condizione sospensiva dell'obbligazione retributiva pur in assenza della volontà di interrompere il rapporto sinallagmatico.

Siamo al cospetto di un obbligo surrettizio, con l'aggravante che esso non produce responsabilità in caso di morte o di lesioni personali prodotte dagli effetti collaterali: si rammenta infatti che l'art. 3, 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”<sup>16</sup>.

Il rapporto tra diritto collettivo alla salute che si vuole di salvaguardare con l'obbligo vaccinale e con il *green pass*, al netto di tutte le considerazioni prima esposte sulla *tenuta* dell'obbligo vaccinale sotto il profilo del contagio, e diritto al lavoro non risulta adeguatamente bilanciato dal d.l. n. 172/2021, che è assimilabile – al pari del d.l. n. 127/2021 – 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 153/1997, n. 364/1999 e n. 429/2002) 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

<sup>16</sup> G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11.

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 d.l. n. 172/2021 con riferimento al necessario bilanciamento tra tutela collettiva della salute e diritto al lavoro introduce una doppia disparità di trattamento: tra vaccinati e non vaccinati, in merito alla non equivalenza delle misure previste (illogicità della graduazione tra *super green pass* e *green pass* base in relazione alle condizioni di accesso ad alcuni posti di lavoro e ad alcuni servizi e attività), 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, c. 1, sotto il profilo divieto di discriminazione sulla base delle condizioni personali e sociali.

L'eccesso e la sovrapposizione di produzione normativa indotta dallo stato di emergenza ha generato una spirale negativa che ha prodotto plurime violazioni di diritti costituzionali: occorre, pertanto, riportare la regolazione della pandemia nell'ambito dei canali ordinari di produzione normativa, atteso che ulteriori proroghe dello stato di emergenza – senza passare attraverso la deliberazione parlamentare – e restrizioni dei diritti fondamentali

rischiano di stressare oltre il punto di rottura il sistema costituzionale, anestetizzando il principio della responsabilità politica, cardine della nostra forma di governo parlamentare. Nel caso in cui, nonostante l'evidente non adeguatezza del mezzo (obbligo vaccinale selettivo e *green pass*) rispetto al fine (contenere il virus e garantire la ripresa economica in sicurezza) come ampiamente dimostrato nel corso delle audizioni scientifiche, il legislatore ritenesse di tener ferme tali misure, alcune delle evidenziate disparità potrebbero essere ridotte nell'impatto sulla minoranza dei non vaccinati, prevedendo almeno questi emendamenti-base:

- ripristino del *green pass* base per l'accesso a servizi e attività attualmente vietate ai non vaccinati;
- 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 telelavoro senza obbligo di *green pass*;
- immediata corresponsione in caso di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione dell'assegno alimentare, che ha funzione indennitaria, nel rispetto dell'art. 36 Cost.

Pertanto, affinché possa dirsi pienamente rispettato il principio di ragionevolezza, il vaglio di legittimità del d.d.l. 2463 di conversione del d.l. n. 172/2021, 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 (c.d. discrezionalità tecnica)<sup>17</sup>, 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

---

<sup>17</sup> 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.

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 – analoghi a quelli rilevati nell'audizione del 6 ottobre 2021 con riferimento ad alcuni precedenti decreti-legge – che investono il fondamento giuridico dell'obbligo vaccinale e del *green pass*:

- eccesso di potere legislativo per 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 scientifica;
- 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 sono i tamponi, essendo ormai acclarato che i vaccinati al terzo mese dalla seconda dose contagiano in modo eguale ai non vaccinati;
- 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.

Risulta, pertanto, confermata 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» (Corte cost., sentenza n. 85/2013).



## CINCINNATO E LA DISCESA DAL COLLE. OSSERVAZIONI IN TEMA DI RIELEGGIBILITÀ DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA\*.

di Luca Longhi\*\*

98

**Sommario.** 1. Premessa metodologica. Il recente disegno di legge costituzionale n. 2468 avente ad oggetto la modifica degli artt. 85 e 88 Cost. e la *riapertura* di un antico dibattito. – 2. L'inquadramento del tema all'interno della trama costituzionale: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit?* – 3. Ulteriori spunti sistematici ricavabili dal titolo II, parte II della Carta costituzionale. – 4. L'interpretazione del dettato costituzionale nella prassi quirinalizia (cenni). – 5. La restituzione del *dono*: la questione della rieleggibilità del Presidente della Repubblica tra garanzia e responsabilità.

### **1. Premessa metodologica. Il recente disegno di legge costituzionale n. 2468 avente ad oggetto la modifica degli artt. 85 e 88 Cost. e la *riapertura* di un antico dibattito.**

La recente presentazione di un disegno di legge costituzionale (n. 2468, comunicato alla Presidenza del Senato il 2 dicembre 2021), avente ad oggetto *Modifiche agli articoli 85 e 88 della Costituzione in materia di non rieleggibilità del Presidente della Repubblica e di esercizio del potere di scioglimento delle Camere negli ultimi sei mesi del suo mandato* (insieme alle numerose manifestazioni di consenso tributate al Presidente Mattarella in occasione delle sue ultime uscite pubbliche<sup>1</sup>, rivolte a sollecitarne la conferma nell'imminenza della fine del settennato) offre il pretesto per affrontare una questione, che

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Universitas Mercatorum.

<sup>1</sup> Come avvenuto, nello scorso mese di settembre, alla Mostra internazionale di arte cinematografica di Venezia e, più recentemente, la sera del 7 dicembre 2021, alla Prima del Teatro alla Scala di Milano.

aveva costituito un tema di dibattito ricorrente, pur se con cadenza periodica, sin dai lavori della Costituente<sup>2</sup>, prima, e dalla presidenza Segni, poi<sup>3</sup>.

Il disegno di legge costituzionale in oggetto, in particolare, prevede l'inserimento della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica nell'art. 85 Cost. (art. 1)<sup>4</sup> e l'abolizione del c.d. *semestre bianco* (art. 2), ritenuta una logica conseguenza della prima disposizione, mediante l'abrogazione del secondo comma dell'art. 88 Cost.

In questa sede, si formuleranno sull'argomento alcune riflessioni di ordine strettamente giuridico-sistematico, anche in relazione al ruolo rivestito dal Capo dello Stato nel nostro ordinamento, a prescindere dagli sviluppi dell'attualità, essendo giunti ormai alla vigilia delle prossime elezioni presidenziali, in programma all'inizio del nuovo anno, in un contesto, peraltro, che rischia di vedere eguagliate, sia pure per motivi diversi, le condizioni di straordinarietà che nel 2013 avevano condotto alla rielezione del Presidente Napolitano.

## 2. L'inquadramento del tema all'interno della trama costituzionale: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit?*

Nel silenzio dell'art. 85 Cost., si è sempre discusso sulla rieleggibilità del Presidente uscente, che da mera possibilità teorica<sup>5</sup>, semplicemente *non esclusa* dal testo costituzionale<sup>6</sup>, è divenuta realtà con il conferimento di un secondo mandato al Presidente

---

<sup>2</sup> Si vedano, ad esempio, gli interventi di Lami Starnuti, Rossi e Fuschini, in Atti della II Sottocommissione, I sez., 19 dicembre 1946, di avviso contrario alla possibilità di una rielezione del titolare uscente. In particolare, nel testo finale approvato dall'Adunanza plenaria si perse il riferimento espresso al divieto di rieleggibilità, dapprima inserito in una versione del testo precedentemente elaborata dalla II Sottocommissione. Sull'argomento, si veda anche C. Meoli (voce), *Rielezione del Capo dello Stato, Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014, pp. 303-304.

<sup>3</sup> Con il messaggio alle Camere del 16 settembre 1963, seguito poi dal disegno di legge costituzionale n. 599, presentato alla Camera dal Governo Leone il 16 ottobre 1963. Nella medesima direzione, favorevole all'introduzione del divieto espresso di rielezione immediata del Presidente, si segnalano, con sfumature diverse, anche la proposta presentata dalla Commissione per le riforme istituita nella IX Legislatura (c.d. Commissione Bozzi) e l'iniziativa dei senatori Mancino, Fabbri, Cariglia e Malagodi (S. 845) durante la X Legislatura.

<sup>4</sup> Che prevede l'aggiunta, al primo comma dell'art. 85, in fine, delle seguenti parole: «e non è rieleggibile».

<sup>5</sup> M. Volpi, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, p. 504, sottolinea come, ad esempio, nel messaggio di fine anno 1961 del Presidente Gronchi si potesse cogliere una velata autocandidatura alla rielezione.

<sup>6</sup> Se si esclude il precedente, del tutto *sui generis*, dell'elezione di Enrico De Nicola, precedentemente dimessosi da Capo provvisorio dello Stato. Sul punto, si veda M. Olivetti, *Il tormentato avvio della XVII*

Napolitano (non portato, poi, a termine, per motivazioni legate prevalentemente all'età)<sup>7</sup>.

Prima di questo precedente, si era a lungo ritenuto che la non-rieleggibilità integrasse, se non una vera e propria consuetudine integrativa del testo costituzionale<sup>8</sup>, quantomeno un'ipotesi considerata con sostanziale sfavore e riconducibile al novero degli eventi politicamente improbabili<sup>9</sup>.

Si può osservare che, sebbene non vi fossero gli estremi per parlare di una convenzione costituzionale, essendo mancata ogni sorta di *accordo* tacito tra gli attori istituzionali coinvolti<sup>10</sup>, sussistesse fino al 2013 una certa prassi costituzionale in forza della quale la rinnovazione del mandato, pur se non vietata, fosse da ritenersi almeno non opportuna<sup>11</sup>.

Il secondo comma dell'art. 85 Cost., facendo espresso richiamo ad un “*nuovo*”<sup>12</sup> Presidente della Repubblica”, sembrerebbe militare nel senso di escludere la rieleggibilità, anche alla luce dei requisiti d'età per l'elettorato passivo (art. 84, co. 1, Cost.) e in relazione alla stessa durata del mandato (art. 85, co. 1, Cost.)<sup>13</sup>, che eccede la durata in carica delle Camere che hanno provveduto alla relativa elezione<sup>14</sup>, oltre che, più banalmente, all'aspettativa di vita

---

legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta, *amministrazioneincammino.luiss.it*, 9 maggio 2014, p. 51.

<sup>7</sup> Cfr. prima parte del messaggio di fine anno del 31 dicembre 2014. G. Scaccia, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, aveva parlato di “Presidenza ‘a tempo’”, in considerazione del limite oggettivo e implacabile dell'età del Presidente rieletto (87 anni) e dei precisi obiettivi correlati al “programma presidenziale” declinato all'atto dell'insediamento. Per un inquadramento degli scenari successivi alle dimissioni di Napolitano, si veda F. Clementi, *Post-Scriptum: verso la normalità costituzionale con l'elezione del Presidente Sergio Mattarella*, in *federalismi.it*, 2 febbraio 2015. Sul precedente di Napolitano come una rielezione *a tempo*, si vedano, sul punto, le diverse posizioni espresse, da ultimo, nel *Forum “La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”*, in *Nomos*, n. 3/2021, con gli interventi di G. Azzariti, R. Borrello, S. Ceccanti, O. Chessa, V. Lippolis, M. Luciani, B. Pezzini, A. Ruggeri, G. Scaccia.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, S. Ceccanti, *Rieletto, ma non troppo: le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 22 aprile 2013.

<sup>9</sup> In questi termini, L. Paladin, (voce) *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 183.

<sup>10</sup> Sul concetto di convenzione costituzionale, si vedano V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 6ª ed., Padova, 1993, p. 195; G. Treves, (voce) *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, pp. 524 ss.

<sup>11</sup> Così, G. Scaccia, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, cit.; B. Pezzini, *Intervento al Forum “La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”*, cit., p. 7.

<sup>12</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>13</sup> Sulla durata settennale del mandato quale elemento tale da scoraggiare il bis, si veda S. Ceccanti, cit.

<sup>14</sup> In Assemblea Costituente, l'on. Tosato si oppose all'emendamento Nitti che fissava in quattro anni la durata della carica di Presidente della Repubblica con le seguenti parole: “[i]l fatto che il Presidente sia eletto per sette anni, mentre le Camere sono elette rispettivamente per cinque e sei anni, serve a soddisfare l'esigenza di una certa permanenza, di una certa continuità nell'esercizio delle pubbliche funzioni, mentre contribuisce a rafforzare l'indipendenza rispetto alle Camere che lo eleggono. Che le Camere si rinnovino e il Presidente resti significa svincolare il Presidente dalle Camere, dalle quali deriva, e rin vigorirne la figura” (Atti A.C., 22 ottobre 1947, p. 1435, riportato in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1976, pp. 242-243).

che si aveva nel 1947.

Il settennato corrisponde ad un arco temporale piuttosto lungo e, di per sé, sufficiente a garantire una certa continuità nell'azione dello Stato<sup>15</sup>, tenendo l'organo adeguatamente svincolato da maggioranze politiche e da volontà di parte<sup>16</sup> (tanto più se si considera la composizione del collegio elettivo, allargata alla partecipazione di 58 delegati regionali e rivolta ad attenuare la predominanza della maggioranza politica delle Camere sull'assemblea)<sup>17</sup> e consentendo anche a ciascun titolare di imprimere un proprio *stile* personale alla presidenza<sup>18</sup>.

Al tempo stesso, escludere la rieleggibilità del Presidente servirebbe ad evitare *il danno delle continuità personali proprie dei regimi ereditari e innaturali in un regime repubblicano*, fugando qualunque, sia pure ingiusto, sospetto che qualche atto del Capo dello Stato possa essere compiuto al fine di procurarsi una conferma, tenuto conto del non trascurabile rilievo che riveste il profilo dell'*apparenza* in situazioni del genere<sup>19</sup>.

In direzione contraria, si potrebbe evidenziare che la Costituzione, per altri casi (giudici costituzionali, art. 135, co. 3; membri elettivi del Consiglio superiore della magistratura, art. 104, co. 6), ha escluso esplicitamente la possibilità di una rielezione, in quanto organi tecnici<sup>20</sup>.

Tuttavia, la lunga durata della carica di giudice costituzionale, da un lato, e le peculiari esigenze di indipendenza connaturate ad un organo quale il CSM, dall'altro, potevano aver suggerito l'inserimento di una previsione esplicita nel senso appena descritto.

D'altronde, il diverso peso morale incarnato dal Capo dello Stato rispetto a qualsiasi componente di un organo collegiale potrebbe avere giustificato questa mancanza (Segni la

<sup>15</sup> Così, il Presidente Segni nel messaggio cit.

<sup>16</sup> Cfr. G.U. Rescigno, Art. 85, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 83-87, Bologna-Roma, 1978, p. 63. A. Baldassarre e C. Mezzanotte, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. Silvestri (a cura di), op. cit., p. 75, osservavano che le regole procedurali per l'elezione dell'investitura presidenziale sono rivolte proprio ad evitare l'instaurazione di un rapporto politico fra Presidente e Parlamento, a scongiurare un «troppo accentuato assorbimento di legittimazione maggioritaria» da parte del Capo dello Stato.

<sup>17</sup> In questi termini, G. Scaccia, *Intervento al Forum "La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato"*, cit., p. 6.

<sup>18</sup> Cfr. L. Paladin, op. cit., p. 186.

<sup>19</sup> Conformemente all'immagine classica della moglie di Cesare, che deve apparire, oltre che essere, al di sopra di ogni sospetto.

<sup>20</sup> Sulla distinzione tra organi tecnici e organi politici in relazione al profilo della rieleggibilità insisteva T. Martines, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.*, 1964, pp. 69 ss.

defini “manchevolezza”)<sup>21</sup> nel testo costituzionale, non priva, come si è avuto modo di constatare, di effetti concreti sul piano applicativo.

La straordinarietà delle condizioni politico-economiche<sup>22</sup> (pure tristemente replicata, per certi versi, dall’emergenza sanitaria in corso) che avevano condotto il 20 aprile 2013 alla rielezione di Giorgio Napolitano<sup>23</sup>, in presenza del pericolo di “un avvatarsi del Parlamento in seduta comune nell’inconcludenza, nella impotenza ad adempiere al supremo compito costituzionale dell’elezione del Capo dello Stato”<sup>24</sup>, potrebbe consigliare oggi l’introduzione di una riforma come quella di cui al disegno di legge costituzionale n. 2468, così da non correre il rischio di trasformare in regola<sup>25</sup> quello che, per tutti i motivi che si vedranno, dovrebbe rimanere un episodio eccezionale e irripetibile.

L’argomento testuale che si ricava dal combinato disposto degli artt. 104 e 135 Cost. non esclude, peraltro, a Costituzione vigente, di declinare il tema della rielezione del Presidente della Repubblica in termini di inopportunità<sup>26</sup>, in considerazione degli altri elementi di carattere sistematico desumibili complessivamente dal titolo II, parte II della Carta che si

<sup>21</sup> Cfr. messaggio alle Camere del 16 settembre 1963, cit.

<sup>22</sup> A. Lucarelli, *Presidente della Repubblica: Napolitano, il settennato bis è incostituzionale?*, in *Il Fatto Quotidiano*, 21 aprile 2013, parlava di “inusuale escamotage anticrisi rispetto alla nostra Carta”. V. Lippolis, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 226, parla di rielezione dovuta, al di là della personalità del diretto interessato, “allo stato di decomposizione del sistema politico”, senza considerare che, nella circostanza, Napolitano abbia condizionato la propria rielezione all’accettazione di una serie di impegni da parte delle forze politiche, specialmente in materia di riforme costituzionali ed elettorali, come testimoniato dallo stesso discorso di secondo insediamento innanzi alle Camere riunite (“[...] se mi troverò di nuovo dinanzi a sordità come quelle contro cui ho cozzato nel passato, non esiterò a trarne le conseguenze dinanzi al paese”). Proprio la straordinarietà della situazione politica del momento aveva fatto sì che la riconferma di Napolitano determinasse di fatto un certo ampliamento del raggio di intervento del Capo di Stato, sebbene da intendersi «in funzione di provvisoria garanzia per il ripristino della normalità costituzionale», come osservato anche in A. Battaglia, *Il tentato impeachment di Napolitano: le (presunte) ragioni del Movimento 5 Stelle*, in *Forum di Quaderni Costituzionale Rassegna*, 22 giugno 2014 p. 6, riprendendo M. Dogliani e F. Pallante, *Sull’attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 7. Sul punto, si veda anche M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Nomos*, 1/2017, p. 34.

<sup>23</sup> Illustrate in maniera puntuale in I.A. Nicotra, *La rielezione del Presidente Napolitano nel turbolento avvio della XVII Legislatura*, in F. Giuffrè e I.A. Nicotra (a cura di), *L’eccezionale ‘bis’ del Presidente della Repubblica Napolitano*, Torino, 2014, pp. 47 ss. Sul punto, si vedano anche G. Scaccia, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015, pp. 49 ss.; G. Grasso, Art. 85, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, pp. 166 ss.

<sup>24</sup> Così, il Presidente Napolitano nel messaggio di insediamento pronunciato il 22 aprile 2013.

<sup>25</sup> Anche considerata la diversa durata dei cicli di vita delle consuetudini costituzionali rispetto alle consuetudini propriamente dette, tenuto conto della tutto sommato ancor breve esperienza repubblicana sin qui maturata per poter misurare e valutare in concreto l’elemento della *diuturnitas*.

<sup>26</sup> Nella manualistica, tra le numerose opinioni a vari livelli contrarie alla rielezione, si segnalano T. Martinez, *Diritto costituzionale*, XI ed., riveduta e corretta da G. Silvestri, Milano, 2005, p. 435 o, più di recente, M. Dogliani e I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 399.

vedranno *infra*.

Da altra prospettiva, volendo riferirsi, ad esempio, alla qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura ricoperta dal Capo dello Stato (artt. 87, co. 10 e 104, co. 2, Cost.), si potrebbe rilevare che, in seno al c.d. organo di autogoverno, gli altri ventisei componenti durano in carica per un periodo di tempo tendenzialmente più limitato (quattro anni i membri elettivi e fino al collocamento a riposo gli altri due membri di diritto, per un arco temporale statisticamente più breve del settennato e... quindi, a maggior ragione, di un doppio settennato), il che pure potrebbe rappresentare un ulteriore elemento convincente per sostenere la tesi contraria alla rieleggibilità.

Si tratta di una notazione solo apparentemente marginale, se si pensa alla rilevanza cruciale di certe prerogative inerenti alla carica rispetto allo svolgimento delle attività consiliari (come, ad esempio, i poteri di assenso del Presidente in merito alla formazione dell'ordine del giorno ai sensi dell'art. 45 del regolamento interno CSM), tutt'altro che prive di implicazioni di carattere pratico<sup>27</sup>.

Lo stesso requisito dell'età, richiamato dal primo comma dell'art. 84 Cost. ai fini dell'eleggibilità, potrebbe essere inteso anche nel senso di identificare la carica come coronamento ultimo di un *cursus honorum* tale<sup>28</sup> da non ammettere più successivi sviluppi oltre, naturalmente, quelli contemplati dall'art. 59 Cost. in ordine all'acquisto della qualità di senatore a vita di diritto.

### 3. Ulteriori spunti sistematici ricavabili dal titolo II, parte II della Carta costituzionale.

Al di là dell'iniziativa parlamentare recentemente assunta, può essere utile riflettere sugli elementi che si ricavano dal quadro costituzionale in vigore, anche alla luce delle principali

<sup>27</sup> Sull'interpretazione dei poteri del Presidente in relazione alla formazione dell'ordine del giorno delle sedute del Consiglio, anche in relazione alle attribuzioni del vicepresidente ai sensi del regolamento interno, cfr. S. Senese, *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Pol. dir.*, 1986, pp. 141 ss.; L. Arcidiacono, *La presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, II, Milano, 1988, pp. 84 ss.; G. D'Orazio, *La «doppia presidenza» e le sue crisi (il Capo dello Stato e il Consiglio Superiore della Magistratura)*, in *Quad. Cost.*, 1992, p. 270 ss.; S. Sicardi, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, in B. Caravita di Toritto (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, p. 56.

<sup>28</sup> Sul requisito anagrafico quale premessa indispensabile al perfezionarsi di un *cursus honorum* di assoluta preminenza, si veda L. Paladin, op. cit., p. 182.



opinioni affermate in dottrina.

La questione della rieleggibilità del Presidente della Repubblica, pur affrontata con cadenza ciclica nei lavori parlamentari nell'arco dei decenni (senza, peraltro, approdare finora a sviluppi concreti)<sup>29</sup>, è spesso rimasta sullo sfondo del dibattito dottrinale<sup>30</sup>, schiacciata da altri aspetti inerenti alla presidenza avvertiti come maggiormente problematici e significativi<sup>31</sup>.

Nei primi anni di vigenza della Carta, pur nella possibilità teorica della riconferma per più settenni consecutivi, lasciata aperta dalla formulazione dell'art. 85 Cost.<sup>32</sup> (motivata, forse, dalla scelta di *non legarsi le mani* di fronte all'eventuale verificarsi di situazioni eccezionali)<sup>33</sup>, si riteneva che tale ipotesi non si sarebbe registrata, salvo, appunto, che per motivi di particolare necessità<sup>34</sup>.

A quei tempi, l'ancor ridotta prassi repubblicana rimetteva sostanzialmente alla sensibilità degli attori coinvolti la corretta interpretazione della carica, in ordine al significato da attribuire alla disposizione costituzionale, in analogia con quanto avvenuto in precedenza in altri Paesi, pur con le specificità che, evidentemente, caratterizzano ciascun ordinamento<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Vedi nota 3.

<sup>30</sup> Con la parziale, preziosa eccezione del dibattito sviluppatosi sulla rivista *Rassegna parlamentare* nel biennio 1963-1964 (nella rubrica *Incontri*), a seguito del messaggio alle Camere del Presidente Segni, con i contributi di A. Bozzi, P. Barile, G. Cuomo, F.M. Dominedò, S. Galeotti (per l'annata 1963) e V. Crisafulli, T. Martines e V. Sica (per l'annata 1964), recentemente ricostruito in G. Menegatto, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, in *Consulta online*, n. 1/2021, pp. 268 ss.

<sup>31</sup> Basti considerare, ad esempio, che in una voce fondamentale come P. Barile, (voce) *Presidente della Repubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 717, venivano destinate solo poche righe all'argomento, concludendosi in favore della rieleggibilità senza dedicare particolare spazio ad opinioni contrarie (cfr. par. 3).

<sup>32</sup> Il Presidente Napolitano, nel messaggio alle Camere del 22 aprile 2013, aveva utilizzato proprio l'immagine di una finestra lasciata "schiusa" per tempi eccezionali, pur nella convinzione che la non rielezione, al termine del settennato, è da ritenersi "l'alternativa che meglio si conforma al nostro modello costituzionale di Presidente della Repubblica", riprendendo L. Paladin, op. cit., p. 183.

<sup>33</sup> In questi termini, A. Battaglia, op. cit., p. 6.

<sup>34</sup> Così, G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa e C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, p. 321, ove si affermava: "[i]n pratica ciò [la rielezione, n.d.a.] non avverrà perché sarà cura del Parlamento evitare che la Presidenza troppo a lungo tenuta non si tramuti in una carica vitalizia con tutti gli inconvenienti e i pericoli che vi sono connessi. Lo stesso Presidente avrà la sensibilità di non accettare una rielezione continuata, salvo che necessità di patria lo impongano".

<sup>35</sup> Come negli Stati Uniti, ad esempio, dove Washington e Jefferson avevano rifiutato la terza candidatura, mentre, invece, F.D. Roosevelt aveva conseguito una terza e una quarta elezione, ma in condizioni di grave emergenza nazionale, fino all'adozione, poi, del 22° emendamento, che introduceva il divieto costituzionale dell'elezione alla presidenza della stessa persona per più di due volte. Sulla presidenza Roosevelt come *Presidential Government* o *dualismo a prevalenza del Capo dello Stato*, in ossequio ad una tendenza avviata da Wilson e proseguita poi, con diverse caratteristiche, con Jackson, Lincoln e T. Roosevelt, si veda A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000, pp. 219 ss.



Si era, anzi, sostenuto che l'esplicita previsione costituzionale della non rieleggibilità del Capo dello Stato avrebbe potuto produrre l'inconveniente di irrigidire inopportunamente la vita politica, impedendo la rielezione magari di quell'unico soggetto che, sulla base dell'esperienza passata, aveva guadagnato la fiducia di tutte le principali forze politiche<sup>36</sup>, senza trascurare, poi, i riflessi sul piano dell'irresponsabilità di un individuo cosciente del fatto che non sarà sottoposto ad alcun futuro giudizio politico, in nome del principio democratico della responsabilità politica di ogni organo costituzionale<sup>37</sup>.

Le peculiarità dell'organo e delle modalità d'elezione dovrebbero, tuttavia, indurre ad escludere di ricollegare alla mancata rielezione del Presidente uscente una valutazione del relativo operato in una logica binaria di merito-demerito che apparirebbe certamente forzata<sup>38</sup>.

Ancora, in una prospettiva sistematica, si rileva che l'istituto del semestre bianco (art. 88, co. 2 Cost., che, non a caso, sarebbe abrogato nel disegno di legge costituzionale citato) indica la *ratio* di evitare che uno scioglimento anticipato delle Camere possa essere dettato esclusivamente dalla volontà del Presidente della Repubblica di costituirsi un corpo elettorale favorevole alla propria rielezione<sup>39</sup> o anche solo di creare le condizioni di un vuoto parlamentare congeniale ad un maggiore protrarsi della carica in violazione del principio di temporaneità degli uffici elettivi, valido soprattutto per quelli con funzioni apicali.

Si tratta, pertanto, di una misura che, per certi versi, funge da *pendant* logico alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica<sup>40</sup>, mirando, come osservato, a limitare gli effetti di un ricorso strumentale a tale possibilità, ma anche, da altro punto di vista, di un'implicita conferma del sostanziale sfavore complessivamente manifestato dall'ordinamento rispetto ad una simile ipotesi.

D'altronde, il profilo della temporaneità, in combinato disposto con la durata di sette anni

<sup>36</sup> In questi termini, G.U. Rescigno, op. cit., p. 64. È significativo, peraltro, che l'A. abbia ritenuto di intitolare il par. 1 del commento in esame "(...) *Il Presidente della Repubblica è immediatamente rieleggibile*", come a voler evidenziare la propria posizione sostanzialmente favorevole.

<sup>37</sup> Ivi, p. 65. Sul punto, si veda anche P. Barile, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.*, 1963, pp. 709 ss.

<sup>38</sup> Di quest'avviso, L. Paladin, op. cit., p. 183.

<sup>39</sup> G.U. Rescigno, op. cit., p. 67.

<sup>40</sup> Benché non siano mancate opinioni rivolte ad affermare l'indipendenza reciproca delle due misure, tra le quali si segnala, da ultimo, G. Menegatto, op. cit., p. 281, che si dichiara favorevole, da un lato, al mantenimento della rieleggibilità del Presidente della Repubblica (eventualmente limitata ad una sola volta) e, dall'altro, all'abolizione del semestre bianco.

scelta dai Costituenti<sup>41</sup>, costituisce una caratteristica essenziale (in quanto qualificante, a suo modo, della nostra stessa forma di Stato)<sup>42</sup> dell'ufficio di Presidente della Repubblica, che non dovrebbe ammettere prolungamenti ulteriori al di fuori dell'ipotesi di *prorogatio* di cui all'ultimo comma dell'art. 85 Cost.<sup>43</sup>, giacché un doppio settennato risulterebbe un periodo di permanenza nella carica probabilmente eccessivo<sup>44</sup>, dando luogo ad una continuità personale non del tutto in linea con la natura di un regime repubblicano.

Proprio la durata della carica fissata in Costituzione aveva rappresentato di per sé, sin dalle sue prime applicazioni, la garanzia per una più compiuta autonomia di giudizio e di comportamento nell'esercizio del ruolo, anche in vista della fase finale del mandato presidenziale, scoraggiando il titolare uscente dal ripresentarsi candidato alle Camere<sup>45</sup>, sempre ammesso che sia possibile parlare di una candidatura in senso stretto<sup>46</sup>.

Analogamente, i caratteri *super partes* (*non-partisanship*) e di neutralità<sup>47</sup>, espressi, per sua stessa natura, dalla carica<sup>48</sup>, sin dal richiamo all'unità nazionale contenuto nel primo comma dell'art. 87 Cost.<sup>49</sup>, dovrebbero, a loro volta, consigliare di tenerla svincolata a maggior ragione dal circuito politico (*rectius*, dal sistema delle forze politiche) e, di conseguenza, di sottrarla a successive verifiche elettorali<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> Si veda il dibattito in Atti A.C., 22 ottobre, pp. 1434-1435.

<sup>42</sup> Si veda, su questo punto, il messaggio cit. del Presidente Segni.

<sup>43</sup> Sull'ambito di applicazione dell'istituto della *prorogatio* al Presidente della Repubblica, si veda G. Lucatello, *Come evitare la vacatio della Presidenza della Repubblica in caso di mancata elezione pre-scadenza*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, I, Padova, 1975, pp. 375 ss.

<sup>44</sup> Cfr. L. Paladin, op. cit., p. 185.

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 186.

<sup>46</sup> La questione è stata affrontata, da ultimo, nel *Forum* "La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato", cit.

<sup>47</sup> Conformemente all'antica formula del *pouvoir modérateur*. Per un'approfondita analisi storica della questione, si rinvia a A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, cit., pp. 395 ss. Sul precedente del 2013, si veda P. Stancati, *Della "neutralità" del Capo dello Stato in tempo di crisi: sulla (presunta) "deriva presidenzialista" nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all'esperienza weimariana*, in *Costituzionalismo.it*, 24 settembre 2013.

<sup>48</sup> Sui quali, si vedano anche Corte cost., ordinanza n. 150/1980 e, più recentemente, sentenza n. 1/2013.

<sup>49</sup> Da intendersi, evidentemente, «non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica» (così, Corte cost., sentenza n. 1/2013, punto 8.2. considerato in diritto).

<sup>50</sup> In questo senso, si veda A. Lucarelli, *Presidente della Repubblica: Napolitano, il settennato bis è incostituzionale?*, cit. In senso favorevole alla rieleggibilità, si veda la posizione assunta in sede costituente da Tosato, per il quale la rieleggibilità avrebbe potuto rappresentare "un vincolo morale, seppure tenue, per il collegio elettorale che nel procedere alla elezione del Presidente si troverebbe sempre di fronte alla positiva possibilità di rieleggere il Presidente cessante" (cfr. Atti della II Sottocommissione, I sez., 19 dicembre 1946). Di avviso contrario, S. Galeotti, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.*, 1963, p. 731, per il quale la possibilità di immediata rielezione avrebbe rappresentato "una pesante ipoteca sulle motivazioni del comportamento presidenziale" in vista di una propria riconferma nella carica.

#### 4. L'interpretazione del dettato costituzionale nella prassi quirinalizia (cenni).

Ancora una volta, dunque, come spesso accade all'interno di una trama costituzionale *a maglie larghe*, nell'applicazione dei singoli istituti, rilievo decisivo riveste anche l'elemento psicologico, rispetto al temperamento più o meno *interventista* dei soggetti chiamati a ricoprire materialmente la carica<sup>51</sup>.

Così come per altre funzioni e prerogative del Presidente della Repubblica, gli spazi lasciati aperti dall'art. 85 Cost. hanno fatto sì che dalla differente personalità dei singoli protagonisti dipendesse, in una certa misura, un diverso modo di interpretare anche la questione della rieleggibilità, in relazione, naturalmente, al contesto storico e politico in cui ciascuno di essi si è trovato ad operare<sup>52</sup>.

Si è già detto sopra dell'indirizzo formulato da Segni, cui fece seguito, alcuni anni più tardi, la posizione di Leone (che già aveva controfirmato da Presidente del Consiglio il più volte richiamato messaggio alle Camere del settembre 1963) nel proprio messaggio del 15 ottobre 1975.

Viceversa, in un senso più o meno velatamente favorevole si erano espressi Einaudi<sup>53</sup> e Pertini<sup>54</sup>, mentre, invece, di avviso contrario si era mostrato Ciampi, che, in merito all'eventualità di una sua possibile rielezione, ebbe ad affermare, in data 3 maggio 2006, che il rinnovo di un mandato lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche stesse della forma repubblicana, ribadendo, in tal modo, l'intenzione di non sovvertire la prassi mantenuta sino ad allora<sup>55</sup>.

Quest'ultima, com'è noto, sarebbe stata, poi, stravolta nel 2013, nelle circostanze e per le

<sup>51</sup> Sull'argomento, si vedano G.M. Salerno, *Presidente della Repubblica*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, 2015 (consultabile sul sito [www.treccani.it](http://www.treccani.it)) e il recente volume di A. Orioli, *Dodici Presidenti. Vite da Quirinale da De Nicola a Mattarella*, Milano, 2021.

<sup>52</sup> Di cui può ricavarsi un'idea fedele attraverso la consultazione degli atti e dei messaggi presidenziali, tutti pubblicati in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

<sup>53</sup> Cfr. M. Olivetti, op. cit., p. 50.

<sup>54</sup> Si veda, sul punto, S. Cassese, *Quella saggia dozzina al Quirinale*, in *La Domenica de Il Sole 24 ore* del 5 dicembre 2021, p. III.

<sup>55</sup> Il Presidente Ciampi, nella circostanza, aveva parlato di "consuetudine", in senso atecnico, escludendo che intendesse evocare una consuetudine costituzionale in senso giuridico, per difetto dell'elemento dell'*opinio iuris ac necessitatis*. Così, M. Olivetti, op. cit., p. 52. Sul punto, si veda anche A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2010, p. 12.

motivazioni descritte nei paragrafi precedenti, in attesa di assistere agli sviluppi che verranno prossimamente.

### 5. La restituzione del *dono*: la questione della rieleggibilità del Presidente della Repubblica tra garanzia e responsabilità.

In conclusione, *de iure condito*, si può affermare che le tesi favorevole e contraria alla rieleggibilità mirino rispettivamente a preservare soprattutto la responsabilità del Presidente della Repubblica, la prima<sup>56</sup>, e ad enfatizzarne l'indipendenza giuridica e morale e la figura di garanzia, la seconda<sup>57</sup>.

Sebbene entrambe le posizioni presentino utili elementi a supporto (essendo state, peraltro, autorevolmente sostenute in dottrina), si deve operare un bilanciamento tra i valori perseguiti, anche alla luce del contesto sistematico, per cercare di comprendere quale di questi debba essere considerato prioritario.

Dal tenore complessivo del titolo II, parte II Cost., il carattere dell'indipendenza connaturato alla carica sembra prevalente, tenuto conto della previsione già di ipotesi qualificate di responsabilità presidenziale per i casi di alto tradimento e attentato alla Costituzione (art. 90)<sup>58</sup> e se si considera, inoltre, il disposto dell'art. 84, co. 2 in tema di incompatibilità con altre cariche, che dovrebbe essere interpretato in un'accezione maggiormente restrittiva rispetto alla disciplina in vigore per i giudici costituzionali (art. 7, l. n. 87/1953)<sup>59</sup>.

Un corretto inquadramento della carica negli spazi offerti dall'ordinamento dipende, del resto, in una certa misura, anche dalla sobrietà e dal senso della misura dei singoli soggetti interessati, conformemente ai doveri che incombono al ruolo di garante della Costituzione, assunti con il giuramento prestato ai sensi dell'art. 91 Cost., che dovrebbero sconsigliare

<sup>56</sup> Tra questi, G.U. Rescigno, op. cit., p. 64; M. Volpi, op. cit., p. 520; F. Petrangeli, Art. 85, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006.

<sup>57</sup> Tra questi, V. Sica, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.*, 1964, p. 77 ss.; A. Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, 7ª ed., Milano, 1985, p. 173; A. Baldassarre, *Il Capo dello Stato*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 2ª ed., Bologna, 1994, p. 468; A. Lucarelli, *Presidente della Repubblica: Napolitano, il settennato bis è incostituzionale?*, cit.

<sup>58</sup> In questo senso, V. Crisafulli, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.*, 1964, p. 63.

<sup>59</sup> Di quest'avviso, L. Paladin, op. cit., p. 184.

di per sé forzature particolari.

D'altronde, il precedente della rielezione di Napolitano, una volta sfumate nell'oblio le straordinarie motivazioni di *salus rei publicae* che all'epoca lo avevano determinato<sup>60</sup>, ha rappresentato l'imprevista rottura di un tabù, che sarebbe opportuno non fosse più replicata, anche solo per vedere ripristinato quel clima di normalità costituzionale e buon andamento della funzione parlamentare clamorosamente mancato nell'occasione<sup>61</sup>.

Quel precedente dovrebbe servire, da un lato, a confermare forse la validità della scelta operata dai Costituenti di non inserire un divieto esplicito di rieleggibilità, vista la gravità delle circostanze che reclamarono il ricorso ad un rimedio disperato, ma, dall'altro, dovrebbe viepiù impegnare gli attori coinvolti a non istituzionalizzare oltremodo la straordinarietà, vulnerando certi invisibili, eppure fondamentali, equilibri sottesi alla nostra trama costituzionale.

Pertanto, ben al di là dell'ipotesi di riforma di recente rilanciata, confidando in una prova di maturità dei partiti politici rispetto all'infelice esperienza passata, sarebbe preferibile, per tutti i motivi che in questa sede si è cercato di illustrare, ripristinare un'interpretazione del dettato costituzionale in una direzione sostanzialmente contraria alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, come si era ritenuto nei primi sessantacinque anni di vigenza della Carta.

Riproporre ancora lo schema della rielezione, tanto più in presenza di un sistema partitico debole ed in progressivo disfacimento<sup>62</sup> già da alcuni decenni, rischia, difatti, di rivelarsi congeniale ad una torsione in senso presidenzialista della nostra forma di governo parlamentare<sup>63</sup>, superando irreversibilmente i limiti e le riserve desumibili dall'impianto costituzionale, che, come osservato, rispondono tutti ad un disegno di assoluta simmetria e razionalità.

L'antico modello romano di Cincinnato, evocato di tanto in tanto nel dibattito politico, che, dopo aver prestato la propria opera alla Patria, sceglie di ritirarsi a vita privata, restituisce

<sup>60</sup> G. Scaccia, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, cit., p. 4, ammonisce proprio sul rischio di considerare il precedente del 2013 un dato non episodico, ma strutturale.

<sup>61</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di G. Azzariti, *L'eclissi del Parlamento*, in *Costituzionalismo.it*, 17 dicembre 2013.

<sup>62</sup> L'espressione è utilizzata da M. Luciani, *Intervento al Forum "La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato"*, cit., p. 5.

<sup>63</sup> Sull'attuale debolezza nel nostro sistema dei partiti politici, ridotti a meri comitati elettorali, in relazione ad una possibile (dis-)torsione della forma di governo parlamentare, si vedano le riflessioni di A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, pp. 113 ss.

oggi la profondità di significato del concetto di *munus publicum* (nell'accezione di servizio, in stretta correlazione con la sfera dei doveri, ma anche di *dono*, reso alla collettività in cambio di onori), che, per sua stessa natura, non può che essere *pro tempore*<sup>64</sup>.

In quest'ultimo richiamo si può intravedere forse anche un'eco del legame che unisce l'unità nazionale di cui il Presidente della Repubblica è garante ai sensi dell'art. 87 Cost. e coesione sociale, in quanto dimensione necessaria del principio solidarista (art. 2 Cost.). Nel principio di temporaneità delle cariche risiede, infatti, uno dei capisaldi di un ordinamento democratico, che dovrebbe trovare nell'alternanza nella titolarità degli organi di vertice, e non nella loro continuità, le condizioni naturali del proprio funzionamento.

**Abstract:** Il presente articolo riflette sulla rieleggibilità del Capo dello Stato alla luce del quadro costituzionale e della prassi repubblicana, evidenziando gli argomenti di ordine sistematico posti alla base delle scelte operate dai Costituenti.

**Abstract:** This paper reflects on the re-eligibility of the President of the Republic, in the light of the constitutional framework, highlighting the systematic arguments placed at the basis of the choices made by the Constituents.

**Parole chiave:** Presidente della Repubblica – rieleggibilità – neutralità – garanzia – prassi.

**Key words:** President of the Republic – re-eligibility – non-partisanship – warranty – practice.

---

<sup>64</sup> Un passaggio su questo concetto, anche in relazione al legame tra istituzioni e società, è stato molto pertinentemente dedicato, da ultimo, dal Presidente Mattarella, nel suo messaggio di fine anno 2021, consultabile in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

## IL REGULATORY SANDBOX E LA TEORIA DELLE FONTI \*.

di Antonio Merlino \*\*

**Sommario.** 1. Dalla piramide alla rete. – 2. Il *regulatory sandbox* tra *soft law* e *hard law*. – 3. Il *regulatory sandbox* in Italia. – 4. L’ausilio della comparazione per lo sviluppo dell’istituto.

111

### 1. Dalla piramide alla rete.

Il *regulatory sandbox* è stato introdotto inizialmente nel Regno Unito intorno al 2015 e si è diffuso rapidamente per tutto il globo. Soltanto nella primavera del 2021 su impulso dell’Unione europea, l’istituto è stato introdotto nell’ordinamento giuridico italiano, allorché il Ministero dell’economia e delle finanze ha finalmente emanato il Decreto 30 aprile 2021, n. 100 Regolamento recante attuazione dell’articolo 36, cc. 2-*bis* e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*<sup>1</sup>.

Il *regulatory sandbox* all’italiana prevede l’ammissione di operatori del settore bancario, assicurativo e finanziario alla sperimentazione di servizi o prodotti innovativi in un ambiente protetto e controllato dalle Autorità di vigilanza e in deroga ai loro regolamenti per un periodo di diciotto mesi<sup>2</sup>.

Prima di occuparci della normativa vigente e delle sue ipotesi evolutive è opportuno anteporre una riflessione sulla forza derogatoria dell’istituto, giacché essa revoca ulteriormente in dubbio un modello ordinamentale già fortemente in crisi, che oggi non è più idoneo a descrivere la realtà dei rapporti giuridici ed economici.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo – Università di Trieste.

<sup>1</sup> V. A. Merlino, *Il Regulatory Sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 1-130.

<sup>2</sup> Per un’analisi critica del processo genetico dell’istituto v. M.-. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2019, pp. 219-236. Si tenga inoltre presente E. Corapi, *Regulatory Sandbox nel Fintech?*, in E. Corapi e R. Lener (a cura di), *I diversi settori del FinTech. Problemi e prospettive*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 13-29.



Il *regulatory sandbox*, nelle sue molteplici varianti, ha infatti una costante nella sua intrinseca forza derogatoria al diritto vigente. Nei modelli ad oggi esistenti in Europa, varia l'ampiezza di questa deroga; resta però intatto un comune schema giuridico: per sostenere l'innovazione e con la finalità di una semplificazione normativa e di una maggiore agilità dei procedimenti, si ammette una temporanea sospensione di alcune norme vigenti. Si crea cioè una *sabbiera giuridica*, nella quale è possibile sperimentare soluzioni innovative, allentando le briglie normative che contribuirebbero a scoraggiarle o ad impedirle del tutto<sup>3</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di una forma di *legislazione negativa*, seppur per un tempo limitato e in un ambito settoriale circoscritto. Come è noto, questa espressione era utilizzata da Hans Kelsen per indicare il solo ruolo della Corte costituzionale, l'unico organo legittimato a censurare una norma se in contrasto con una norma di rango superiore o, nel caso, limite, con la norma fondamentale, posta al vertice della piramide normativa<sup>4</sup>. Con l'espressione «negative Gesetzgebung» si intendeva quindi la rimozione di una fonte giuridica contrastante con l'ordine piramidale e gerarchico della costruzione a gradi dell'ordinamento normativo<sup>5</sup>. Quest'ultima era stata teorizzata in seno alla scienza di diritto amministrativo da Adolf Julius Merkl, il vero padre della *Stufebaulehre*, e fu poi integrata in un secondo momento da Kelsen nella sua dottrina pura del diritto, introducendo così una parte dinamica all'originario impianto della *reine Rechtslehre*<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Per una visione d'insieme sul *regulatory sandbox* in Europa si veda W.G. Ringe e C. Ruof, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 604-629.

<sup>4</sup> Sulla *Grundnorm* v. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. in inglese di A. Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, pp. 114 e ss. Scriveva Kelsen che "l'ordinamento giuridico è un sistema di norme generali ed individuali, connesse fra di loro in base al principio che il diritto regola la propria creazione. Ogni norma di tale ordinamento è creata secondo le disposizioni di un'altra norma, ed alla fine secondo le disposizioni della norma fondamentale, la quale costituisce l'unità di quel sistema di norme, dell'ordinamento giuridico. Una norma appartiene a quell'ordinamento giuridico soltanto perché è stata creata in conformità al dettato di un'altra norma dello stesso ordinamento. Questo *regressus* porta infine alla prima costituzione, la cui creazione è determinata dalla norma fondamentale presupposta" (p. 134). La concezione kelseniana della Corte come «legislatore negativo» è oggi revocata in dubbio da una consistente giurisprudenza delle Corti costituzionali (si pensi ad esempio alle sentenze manipolative o interpretative di rigetto, che hanno funzione nomofiliaca).

<sup>5</sup> Per un punto di vista sulla concezione kelseniana del diritto pubblico v. A. Merlino, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 2020, pp. 797-811.

<sup>6</sup> La teoria di Merkl è inclusa nel sistema kelseniano a partire da H. Kelsen, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, pp. 202-245 e 390-438. Per una compiuta teorizzazione della costruzione a gradi dell'ordinamento in Merkl si veda soprattutto A.J. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Wien, Springer, 1931, pp. 252-294.

Secondo questa dottrina, tutt'oggi accettata dalla giuspubblicistica di ispirazione kelseniana, al vertice della piramide normativa si avrebbe la *Grundnorm* o *basic norm* o norma fondamentale, che coincide nella visione di Merkl e di Kelsen con la costituzione scritta<sup>7</sup>. Nel gradino successivo sono collocate leggi costituzionali o le riforme costituzionali, a seguire la legge statale, il regolamento e infine l'atto amministrativo e la sentenza emessa dal giudice<sup>8</sup>. Tutte le fonti del diritto sono così assorbite e incastonate nella piramide normativa. Questo sistema è a lungo servito per spiegare l'ordinamento giuridico ed ha subito una potente scossa con il processo di integrazione europea, ma non è stato accantonato una volta per tutte, poiché – mutando quel che vi è da mutare, il diritto europeo è stato inserito nei vari ordinamenti degli Stati membri all'interno della piramide normativa, in Italia per il tramite di una interpretazione evolutiva dell'articolo 11 della Costituzione repubblicana e nell'Austria di Kelsen tramite una *Gesamtänderung* della Costituzione federale, che necessita della legittimazione di un referendum popolare obbligatorio (*obligatorische Volksabstimmung*)<sup>9</sup>. Tuttavia, il processo di europeizzazione ha messo in grave crisi l'abituale teoria delle fonti, introducendo, tra l'altro, principi e norme di formazione giurisprudenziale negli ordinamenti nazionali, che tradizionalmente riservavano al Parlamento sovrano il monopolio della produzione legislativa.

L'ordinamento europeo, nato come unione economica con la fondazione della Comunità economica del carbone e dell'acciaio, si è sviluppato ponendo enfasi sui mercati e ha così cercato di adeguare il diritto al fatto, ossia a legittimare un ordinamento giuridico capace di incoraggiare la rapidità degli scambi, la libera circolazione di prodotti e servizi, in definitiva un mercato unico europeo<sup>10</sup>.

Per questa via si è gradualmente affermato quello che il costituzionalista Carlo Amirante ha definito un “mondo sommerso”, non più decifrabile con gli strumenti classici della giuspubblicistica, affezionata al modello della *costruzione a gradi* dell'ordinamento giuridico: è insomma emerso un nuovo paradigma giuridico, adeguato ad “un nuovo

<sup>7</sup> Per una interpretazione di questi concetti v. A. Merlino, *Kelsen im Spiegel der italienischen Rechtslehre*, Frankfurt am Main-New York, P. Lang, 2013.

<sup>8</sup> Per una attualizzazione dello *Stufenbau* v. A. Kahl e K. Weber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Facultas, 2019, pp. 54-56 specialmente.

<sup>9</sup> La procedura è prevista dall'articolo 44, c. 3, B-VG, quando è intaccato uno dei principi fondamentali dell'ordinamento. V. A. Merlino, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, cit.

<sup>10</sup> Sull'evoluzione dell'ordinamento europeo v. S. Battini, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, in P.G. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018<sup>2</sup>, pp. 1-46.

modello di organizzazione di funzioni e poteri”<sup>11</sup>. La razionalità dell’architettura giuridica proposta da Merkl era infatti in contraddizione insanabile con la realtà e specialmente con i tempi dell’economia e ad essa andava a sostituirsi una “microrazionalità” o una “ratio tecnico-economica e micro-settoriale dei processi regolativi”, volte a “stabilire regole rigorosamente settoriali o a decidere casi concreti”<sup>12</sup>.

In questo mutato orizzonte giuridico, la razionalità della legge generale e astratta è sostituita da un nuovo tipo di razionalità che consiste nell’adeguare il diritto al fatto e nell’“adeguare la misura della regola alla misura del regolato”<sup>13</sup>. Così è emersa “una forma e una sostanza regolativa, gestionale e decisionale che, se per un verso appare espressione di logiche artificiali tutte interne al singolo settore, per un altro, non essendo vincolate ad esigenza di generalità ed astrattezza, possono seguire e servire tutte le variabili del settore di volta in volta oggetto di regolazione”. Sulla scia di questo sviluppo e “come conseguenza della nuova filosofia che è alla base della centralità del mercato e della concorrenza come criteri e principi fondamentali di riorganizzazione dei rapporti economia-società-stato, la vecchia funzione di regolamentazione, (affidata di solito alla legge) entra decisamente in crisi”<sup>14</sup>.

Massimo Vogliotti ha descritto questa radicale trasformazione riferendosi a un “paradigma sempre più complicato” e sostenendo che “lo Stato, innanzitutto, non riesce più a controllare le fonti del diritto e celare – dietro la maschera corrosa della sovranità – tutto un arcipelago di diritto globale senza Stato”<sup>15</sup>. La “pesantezza” del diritto moderno “si alleggerisce sempre di più, generando, tra l’altro, forme di *soft law* fondate non sull’autorità formale della fonte, ma sul suo prestigio”. Discostandosi dagli “schemi tradizionali” il rispetto di codeste forme “è legato meno alla minaccia della sanzione che alla forza di persuasione delle ragioni sottostanti o alla loro capacità di farsi valere nella prassi”. Inoltre, “i modi verticali dell’ordine” sono via via sostituiti da “forme orizzontali”<sup>16</sup>. L’ordine dello

<sup>11</sup> C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 43-45.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Amirante si riferisce qui specialmente al fenomeno della comitologia. In proposito si veda soprattutto C. Franchini, *L’organizzazione amministrativa del diritto europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 223-299.

<sup>13</sup> N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 160.

<sup>14</sup> C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, cit., pp. 44 e 63.

<sup>15</sup> M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 7. L’espressione “diritto globale senza Stato” rinvia al volume *Global Law Without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot, Dartmouth, 1997.

<sup>16</sup> Con riferimento a quanto diremo in seguito a proposito della mancanza dell’elemento sanzionatorio nel *regulatory sandbox* si noti che nella visione kelseniana la sanzione non è solo un attributo della norma, ma è

*Stufenbau* è insomma oggi al centro di una radicale crisi, sostituito da quello che la migliore filosofia giuridica aveva già predetto come “disordine” o come “turbolenza”<sup>17</sup>.

La lentezza dei procedimenti legislativi affidati principalmente ai Parlamenti si è inoltre rivelata inadeguata ad una diversa concezione del tempo in questo mutato scenario giuridico, indicando una sorta di effimera sovranità del fatto e del presente<sup>18</sup>.

Tutte queste cose revocano in dubbio non solo la tradizionale struttura piramidale dell’ordinamento giuridico, sostituita da una rete micro-ordinamentale, ma impattano radicalmente sui principi fondamentali dello Stato di diritto e della divisione dei poteri<sup>19</sup>. Infatti, la tradizionale tripartizione dei poteri così come formulata da Montesquieu e soprattutto dai suoi interpreti, risulta profondamente perturbata dalle nuove tendenze che si affermano nella scienza giuridica, giacché il monopolio della produzione legislativa da parte del potere pubblico ad essa preposto è eroso, con un formidabile impatto sul principio democratico<sup>20</sup>. Questa preoccupazione trova tuttavia attenuazione, qualora si badi più allo spirito che non alla lettera della divisione dei poteri di Montesquieu, giacché essa non ha mai previsto una vera e propria sovranità della legge, ma, al contrario, una frammentazione della sovranità, ripartita tra i suoi diversi e talora antagonisti titolari<sup>21</sup>. In questa prospettiva la dottrina della divisione dei poteri necessita di essere aggiornata, ricordando come il suo fondamentale lascito non consiste tanto nella geometrica e quasi chirurgica separazione tra i poteri pubblici, quanto nella possibilità di limitarli giuridicamente e di assoggettarli dal punto di vista contenutistico al rispetto di principi e limiti giuridici.

---

la vera norma o la norma primaria. Si veda H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 35 e 51-52.

<sup>17</sup> Cfr. V. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, Guida, 1979; M.G. Losano, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2005, pp. 403-430.

<sup>18</sup> Cfr. F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Olide Jacob, 1999 e M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>19</sup> Cfr. F. Ost e M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002 e F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 29 ss.

<sup>20</sup> V. il mio *Montesquieu. Eine Perspektive*, mit einer Einleitung von M.J. Rainer, Berlin-Boston, De Gruyter, 2020, pp. 1-270.

<sup>21</sup> Ho sostenuto questa tesi in A. Merlino, *Interpretazioni di Montesquieu*, con prefazione di D. Quagliani, Foligno, Il Formichiere, 2018. Montesquieu, già membro del Parlamento bordolese, non avrebbe mai auspicato una piena e assoluta sovranità della legge, giacché ai suoi tempi – 41 anni prima della grande Rivoluzione – la produzione normativa era nelle mani del da lui tanto osteggiato monarca, oggetto di critica costante per le sue ambizioni centraliste.

Il passaggio dalla *piramide* normativa alla *rete* non significa insomma l'abolizione di ogni ordine giuridico, ma semmai l'aggiornamento della tradizione con riguardo ad un assetto sociale, economico e tecnologico innegabilmente mutato.

Con efficacia Alessandra Algostino ha scritto di “diritto proteiforme” e non è un caso che il *regulatory sandbox* nasca nell'alveo della *soft law* europea, definita da Algostino come un insieme di raccomandazioni, pareri, libri bianchi e libri verdi, programmi di azione, codici di condotta, risoluzioni, comunicazioni, ecc.<sup>22</sup>

Tuttavia, nonostante l'origine *morbida*, ma non per questa ragione anomica dell'istituto, la sua regolamentazione è stata lasciata ai singoli Stati membri.

## 2. Il *regulatory sandbox* tra *soft law* e *hard law*.

Il *regulatory sandbox* nasce nel Regno Unito, è poi emulato in molte aree extraeuropee e negli ultimi anni si sta affermando nei singoli Stati membri.

Questo *spazio di sperimentazione* ha lo scopo iniziale di intervenire in modo nuovo nel settore della tecno-finanza ed è stato fortemente raccomandato dall'Unione europea a partire dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*. Successivamente la Commissione ha emanato la *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, che oggi rappresenta ancora la principale fonte europea del nuovo indirizzo politico-giuridico a favore della sperimentazione.

La formazione dell'istituto in termini di *soft law* si è avvalsa delle tipiche forme della *governance* e in particolare del fondamentale contributo di monitoraggio e propositivo da parte delle *European Supervisors Authorities* (ESAs), un contributo che si è concretizzato nel *Joint Report on Innovation Facilitators*, pubblicato all'inizio del 2019. Infine, nel 2020, è intervenuta la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una*

---

<sup>22</sup> A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 184-185.

*strategia in materia di finanza digitale per l'UE, seguita a sua volta dalle Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale*<sup>23</sup>.

Ora, il *regulatory sandbox* nasce per regolare la tecno-finanza, ossia un ambito che per sua natura non patisce confini territoriali. L'Unione europea, tuttavia, non si è spinta ad emanare una norma con efficacia diretta nei singoli Stati membri e si è limitata a incoraggiarne discrezionalmente la diffusione, lasciando così ampi margini discrezionali sull'ampiezza delle deroghe, sulle norme suscettibili di deroga, sui margini della sperimentazione, sulla portata della sperimentazione, sulla sua durata e infine anche sui settori da interessare. Insomma, si è riservata alla sovranità statale la determinazione di tutti gli aspetti, aprendo così al rischio di una eccessiva frammentazione giuridica dell'istituto. Come ha scritto un'autorevole studiosa del settore *FinTech* e del *regulatory sandbox* sin dai suoi primi sviluppi, Maria Teresa Paracampo, mancano ad oggi "soluzioni di uniforme implementazione per tutti i facilitatori di innovazione". Persino il *Joint Report* delle ESAs si limitano, "sulla scorta delle pratiche osservate", all'esposizione di "alcuni principi operativi da considerarsi quali *best practices* utili per i facilitatori di nuova istituzione o per la revisione di quelli esistenti"<sup>24</sup>. Il riconoscimento delle migliori pratiche e dei tratti comuni del *sandbox* nelle sue diverse varianti nazionali fornisce tuttavia soltanto "un supporto indicativo" per le autorità degli Stati membri<sup>25</sup>. In definitiva sussiste il rischio di una eccessiva eterogeneità di prassi e comportamenti, giacché "i facilitatori di innovazione preservano la discrezionalità dell'autorità competente sia nella determinazione dei criteri di accesso che permangono distinti da Stato a Stato, purché resi pubblici come richiesto dalle ESAs, sia nella valutazione dei singoli casi, che in ipotesi di diverso contrastante contenuto anche con riguardo alla medesima fattispecie sottoposta al test o all'esame di più facilitatori"<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> V. M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., p. 220.

<sup>24</sup> M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., pp. 220-226.

<sup>25</sup> *Ibidem*. Cfr. M.T. Paracampo, *FinTech, evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento e interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo in fieri*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, II, cit., pp. 1-60.

<sup>26</sup> M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., p. 226.

Tutto ciò potrebbe infatti tradursi “in un freno alla scalabilità e al potenziamento di *FinTech*, nonché di tutte le innovazioni finanziarie nel contesto europeo, trasformandosi in un ulteriore fardello operativo per le imprese a scapito del mercato unico tecnologico dei servizi finanziari”<sup>27</sup>.

Infatti la vera norma, che in concreto regola l’istituto, non promana davvero dall’ordinamento sovranazionale, ossia dall’Unione europea, ma dai singoli Stati. Rimanendo ancorati ad una concezione risalente dell’ordinamento giuridico, ritenuto equivalente o coincidente allo Stato sovrano secondo la lezione kelseniana, si rischia così, paradossalmente, di vanificare la portata *disruptive* dell’istituto a sostegno dell’innovazione, riservandone lo sviluppo in termini di *hard law* o meno alla discrezionalità degli Stati. Un istituto innovativo rimarrebbe così prigioniero di concezioni giuridiche datate.

### 3. Il *regulatory sandbox* in Italia.

Come delineatosi nella prassi e nella scienza, il *sandbox* regolamentare si inserisce in una profonda trasformazione delle fonti e aggiunge persino qualcosa all’attuale processo. Infatti, a dispetto della nomenclatura, più che regolamentare, esso deregolamenta, ossia sospende la normativa vigente e le relative sanzioni per favorire l’innovazione entro un periodo di tempo limitato.

Il modello trasmesso dalle fonti europee è stato tuttavia accolto con molta cautela nell’ordinamento italiano. Il decreto ministeriale 30 aprile 2021 in attuazione dell’articolo 36, c. 2-*bis* e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, ha infatti previsto molti limiti. Innanzitutto, il limite settoriale. Il *regulatory sandbox* riguarda in Italia esclusivamente i settori bancario, creditizio e assicurativo. Lo si evince sin dalla lettera c) del primo comma del primo articolo del decreto ministeriale, ove si propone da principio una definizione

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 227. Il quadro potrebbe però mutare qualora dovesse essere approvata la proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale, giacché l’art. 53 ammette di fatto la sperimentazione in un ambito – l’intelligenza artificiale – che ormai si estende fino a coprire l’intero settore della tecno-finanza. Ne ha fatto menzione la stessa Maria Teresa Paracampo nell’intervento al convegno *Regulatory sandbox beyond the Rules*, tenutosi nell’Università degli Studi di Trieste il 1° dicembre 2021, i cui atti sono in preparazione.



restrittiva di tecno-finanza. Per *FinTech* si intendono infatti esclusivamente «le attività volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori bancario, finanziario, assicurativo».

In secondo luogo sono posti limiti alla deroga, che riguarda soltanto regolamenti delle Autorità di vigilanza e lascia quindi inscalfibile ogni altra fonte. In terzo luogo è previsto il limite dei diciotto mesi, al termine del quale gli operatori possono decidere di introdurre il prodotto o servizio nel mercato oppure di desistere. Inoltre, sono richiesti i requisiti di una «significativa innovazione» del prodotto o servizio e di un «valore aggiunto» da questi apportato. Inoltre, non sono mancate spinte protezionistiche nella fase di gestazione della normativa, soprattutto dovute al timore da parte delle autorità di vigilanza di non poter esercitare un controllo adeguato sulle imprese con sede all'estero<sup>28</sup>. Infine, le sole autorità coinvolte sono Banca d'Italia, Ivass e Consob<sup>29</sup>.

In fondo, il *regulatory sandbox*, così come affacciandosi nell'ordinamento italiano, non intacca per davvero una tradizionale concezione del sistema delle fonti, giacché la sua forza derogatoria è limitata così come sono limitati i settori per i quali l'istituto è previsto. Per fornire un giudizio esaustivo sulla normativa occorre attendere i suoi esiti pratici, ossia l'interpretazione e la conseguente applicazione da parte delle autorità di vigilanza<sup>30</sup>.

La forza derogatoria dell'istituto è così estremamente ridotta, la sua ambizione ad assumere un ruolo, seppur temporaneo, di “legislazione negativa” e di semplificazione ne esce così piuttosto frustrata. Le sue potenzialità rischiano di infrangersi contro le barriere poste da una normativa comunque molto articolata e non esattamente agile. D'altro canto occorre

---

<sup>28</sup> Timori protezionistici sono emersi da parte di Consob nella fase preparatoria della normativa. Ne rimane traccia nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento. Vedasi Cons. Stato, sez. cons. atti normativi 12 gennaio 2021 n. 01523 sullo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze recante attuazione dell'articolo 2-bis e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n.34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*: <https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza>, p. 1. Consob ha presentato le proprie perplessità, in definitiva respinte dal Consiglio di Stato, con nota n. 11486 del 22 dicembre 2020. Rinvio su questa tema al mio *La regulatory sandbox in un recente parere del Consiglio di Stato* (2021): <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/merlino-la-regulatory-sandbox-in-un-recente-parere-del-consiglio-di-stato>

<sup>29</sup> Su quest'ultimo tema si vedano le posizioni critiche di M.T. Paracampo, espresse in una intervista a firma di G. Ursino, *Innovazione e regole. La partenza con handicap della sandbox italiana*, in *Il sole 24 ore*, 24 luglio 2021, p. 12. La giurista ha lamentato la mancanza di un coinvolgimento di altri organismi come l'organismo competente in via esclusiva ed autonoma per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi (OAM), l'Organismo di vigilanza e tenuta dell'albo unico dei Consulenti Finanziari (OCF) e della Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (COVIP).

<sup>30</sup> La prima finestra per presentare istanza alla sperimentazione si è aperta il 15 novembre 2021 e si è chiusa il 15 gennaio 2022. Occorrerà quindi prestare attenzioni alle autorizzazioni rilasciate dalle Autorità e quindi i diciotto mesi di sperimentazione per verificarne l'impatto effettivo sui mercati.

anche dire che le cautele non sono del tutto ingiustificate, giacché una deroga troppo ampia andrebbe ad intaccare i fondamenti dello Stato di diritto, giacché neutralizzerebbe norme vigenti senza la mediazione degli organi legittimati a tale scopo, ciò nonostante i limiti temporali previsti.

Inoltre, le autorità di vigilanza hanno la facoltà di precedere un *numero chiuso* e così di accettare, usando la propria discrezionalità, alcuni operatori nel recinto ed escludendone altri. Ciò potrebbe tradursi ovviamente in una lesione della libera concorrenza sul mercato, seppur bilanciata dall'interesse pubblico alla solidità sistemica dei mercati e dal principio dell'innovazione<sup>31</sup>.

Un nodo particolarmente problematico è infine costituito dal requisito della *significativa innovatività* dei servizi e dei prodotti per i quali si richiede la sperimentazione (articolo 6 lettera a) del d.m.). Occorre attendere di capire come questo requisito sarà declinato in concreto dalle autorità di vigilanza: si potrebbe infatti verificare il caso di un'innovazione solo parziale o che poggi sul fondamento di una innovazione già esistente sul mercato e che comunque potrebbe giovare dell'accesso ad uno spazio di sperimentazione.

Infine, i limiti settoriali del *regulatory sandbox* italiano potrebbero essere un banco di prova per l'adozione dell'istituto anche in settori differenti da quelli in origine concepiti: il modello ideal-tipico dell'istituto si presta infatti ad essere applicato anche in altri settori, per ora esclusi dalla normativa.

Ad oggi, insomma, la forza *disruptive* dell'istituto resta molto contenuta e smorzata da una serie di limiti che rischiano di trasformare il *recinto di sabbia* in uno *steccato* troppo rigido per sostenere le ragioni dell'innovazione, intesa nel suo senso più ampio. Questi limiti sono ulteriormente evidenziati da una prospettiva comparativa con altri ordinamenti, dove l'istituto è stato adottato con minore cautela sia all'interno del settore *FinTech*, sia all'esterno, coinvolgendo il campo della tutela ambientale.

---

<sup>31</sup> Già di per sé lo spazio di sperimentazione “altera” la concorrenza in nome dell'innovazione. Nel caso italiano si potrebbe verificare una doppia alterazione, una tra le imprese ammesse alla sperimentazione e le imprese che operano in regime ordinario, e una tra le imprese ammissibili stesse per via del “numero chiuso”. Anche in questo caso occorre attendere gli esiti normativi.

#### 4. L'ausilio della comparazione per lo sviluppo dell'istituto.

Il *regulatory sandbox* è per la sua recentissima e timida introduzione nell'ordinamento italiano bisognoso del contributo della dottrina, con una particolare attenzione alle esperienze che stanno sviluppandosi in altri Stati membri.

Marco Boldini, attento osservatore dell'universo *FinTech* tra l'ordinamento britannico e quello italiano, ha posto enfasi sulle differenze tra queste due realtà e sull'evidente ritardo della realtà italiana.

Il Regno Unito è stato il primo a creare una cornice giuridica accogliente per la sperimentazione all'interno del suo ordinamento giuridico. Grazie al forte impulso impresso dalla *Financial Conduct Authority* (FCA) l'istituto è fiorito a partire dal 2015 e oggi vive una vivace fase evolutiva<sup>32</sup>. A causa dell'emulazione dell'istituto in ambito extraeuropeo, il Regno Unito ha visto messa a rischio la propria *leadership* nel settore *FinTech*. Per questa ragione nel 2020 il governo britannico ha commissionato uno studio a Ron Kalifa (OBE) per valutare possibili implementazioni dei facilitatori del settore *FinTech* con una *review* indipendente<sup>33</sup>.

Le conclusioni della *Kalifa Review* sono indicative di un processo in atto. In uno dei passaggi cruciali del testo si legge che «*the FCA's regulatory sandbox has played an instrumental role in supporting innovation and encouraging UK fintech business. The UK is a welcoming business and regulatory environment for fintechs. However, as other jurisdictions are launching their own initiatives, the UK needs to take steps to ensure that its own offering remains market-leading*»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. FCA, *Regulatory Sandbox*, November 2015, pp. 1-23: <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>. In quelle pagine si delineavano i criteri per l'ammissione ad una eventuale *sandbox* regolamentare (tra i quali la piena innovazione del prodotto o servizio da testare) e si raccomandava una deroga ordinamentale concernente soprattutto il regime delle autorizzazioni: «*We recommend considering these options further when we have collected more evidence about the specific needs of innovative firms during the testing of new solutions. This evidence would enable us to understand better which specific rules or legislation firms struggle with when testing innovative solutions and then analyse the effect the above legislative changes could have*».

<sup>33</sup> V. M. Boldini, *A legal theory on financial regulation: are legislators and regulators changing their approach towards financial services (again)?*, in preparazione nell'Università Comenius di Bratislava.

<sup>34</sup> *Kalifa Review of UK FinTech*, London, 2021, p. 35: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/978396/KalifaReviewofUKFintech01.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/978396/KalifaReviewofUKFintech01.pdf). L'esperienza del Regno Unito aveva già da tempo mostrato gli esiti positivi della sperimentazione avviata e degli istituti che la hanno incoraggiato. La *Financial Conduct Authority* ne aveva stilato un *Report* nel 2017: nel *Regulatory sandbox lessons learned report* si affermava

Addirittura la *Kalifa review* si spinge a definire il *sandbox* un modello superato. Boldini ha parlato di un vecchio parente, da aggiornare sulla base di *implementing recommendations*. Nella *Review* si caldeggia l'evoluzione del *sandbox* regolamentare in un *scalebox*, con un irrobustimento dei tratti originali dell'istituto. Leggiamo così che «*support fintech businesses and innovation through a scalebox arrangement under which firms focussing on innovative technology receive additional support (particularly in their growth phase and/or in relation to the Priority Fintech Areas)*. In questa prospettiva «*the regulatory sandbox should be enhanced in the following ways: a. by being available on a rolling basis, rather than through timelimited windows; b. by offering support even where the proposal is not the first of a kind but is still providing and/or delivering an innovative proposition to the market; and c. by creating a dedicated space in the regulatory sandbox for the Priority Fintech Areas, with specialist support where necessary. The FCA's regulatory sandbox is already the busiest sandbox facility in the world, and these proposals may increase demand for it. If necessary, some reconsideration of the FCA's objectives may also be necessary to allow the FCA to operate in the manner described above*»<sup>35</sup>.

In aggiunta si suggerisce l'abbattimento dei limiti temporali ossia un *sandbox* permanente<sup>36</sup>. Inoltre, insistendo sul ruolo di *guidance* – e quindi non sanzionatorio dell'autorità di vigilanza – si azzarda l'idea che la fase di sperimentazione e il conseguente dialogo con l'autorità – non sia accessibile solo a quegli operatori che propongano una

---

che «*the sandbox has allowed us to work with innovators to build appropriate consumer protection safeguards into new products and services*».<sup>34</sup>

<sup>35</sup> *Kalifa Review of UK FinTech*, cit. p. 36.

<sup>36</sup> *Ibidem*: «*We recommend that a permanent "digital sandbox" should be created. The digital sandbox should: a. focus on the Priority Fintech Areas (but without excluding the possibility of supporting other areas); b. allow digital collaboration, access to synthetic data sets, design and deployment on open source and open architecture "plug and play" at international, national and sectoral level; c. in the short to medium term, be led by the FCA. Through its TechSprint programme and related initiatives, the FCA has extensive experience in convening the financial services industry to help solve industry-wide problems and is best-placed to further develop the design and nature of a permanent digital sandbox offering. However, there are also additional approvals that are often required within organisations to participate in projects lead by the regulator. In the medium to long term the initiative is likely to benefit from being housed within a neutral, non-regulatory body, whilst still involving the active participation of the FCA. The FCA would offer guidance, co-ordinate with other stakeholders and assist with the creation of synthetic data sets and realistic inputs; d. allow access not only for fintechs, but for established regulated firms who have innovative technologies or products that they wish to test; e. provide access to a broader range of tools, including professional and other business services; f. have a high degree of transparency, where appropriate – with the results of its work potentially being available to the public or to approved observers; and g. involve the provision of physical spaces or "hubs" for this collaboration to take place. It is important that the digital sandbox should be available to participants across the UK and geographically-spread hubs could make the digital sandbox more widely accessible*».

piena innovazione tecnologica, ma anche solo una parziale innovazione o l'applicazione innovativa di novità già presenti<sup>37</sup>.

Insomma, mentre in un'Italia ancora molto affezionata a modelli giuridici piramidali, il *regulatory sandbox* nasce tra molte cautele, nel Regno Unito e nel sistema di *Common Law* il modello ordinamentale della rete ha maggiore agilità: lì il *sandbox* è già superato e si auspica l'abbattimento dei limiti esistenti e l'evoluzione del *sandbox* in un *scalebox*.

Certo, in Paesi di solida tradizione *positivista*, come l'Austria, è stata introdotto lo spazio di sperimentazione adottando un modello simile a quello italiano. Nell'ordinamento austriaco, ancora molto fedele a una concezione del diritto kelseniana, il *sandbox* entra per modifica legislativa. Con il paragrafo 23 della *Finzmarktaufsichtsbehördengesetz* – *FMABG*, introdotto su proposta ministeriale, si è istituito il *sandbox* in ambito tecno-finanziario e sotto la supervisione dell'autorità di vigilanza<sup>38</sup>.

Tuttavia, in altri ordinamenti si è osato di più. La Germania rappresenta invece un'eccezione giacché l'introduzione di spazi di sperimentazione in ambito *FinTech* è stata fortemente osteggiata. Nonostante i *Sandkastenspiele* siano stati oggetto dell'attenzione della dottrina ed essi siano stati ritenuti persino compatibili con il diritto amministrativo vigente, un *regulatory sandbox* per la tecno-finanza è ad oggi escluso. Eppure, dall'ordinamento tedesco e dal suo sistema federale provengono ipotesi alternative in settori lontani da quello finanziario. Cambia il nome, ma non la sostanza<sup>39</sup>. I Tedeschi parlano di *Reallabor*, ma le sue caratteristiche sono quelle del *sandbox*, sebbene in settori diversi da quelli propri di questo istituto.

Nella legislazione tedesca è stata introdotta la *clausola di sperimentazione*, che ha autorizzato il governo federale a introdurre per mezzo di regolamento deroghe e possibilità di sperimentazioni nel campo dell'energia. Queste realtà sono da tenere sotto osservazione e in particolare meritano attenzione i progetti di sperimentazione in corso ad Amburgo e Würzburg e che non hanno carattere nazionale, ma interessano soltanto i *Länder* della

<sup>37</sup> A. Merlino e M. Boldini, *Regulatory sandbox e nuove prospettive ordinamentali*, cit., pp. 8-12 in particolare.

<sup>38</sup> Cfr. L. Caramanica e P. Raschner, *Zur Errichtung einer Regulatory Sandbox für FinTechs im österreichischen und europäischen Aufsichtsrecht*, in «Wirtschaftsrechtliche Blätter», 33, 2019, pp. 492-501.

<sup>39</sup> Cfr. C. Krönke, *Sandkastenspiele – “Regulatory Sandboxes” aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, in *Juristenzeitung (JZ)*, 76, Heft 9, 2021, 434, p. 43. Krönke ha scritto che «la creazione di un simile regime speciale ai fini della sperimentazione eguaglia il *sandbox* in senso stretto in ragione dei limiti temporali» e che «quel regime mostra anche nei contenuti molti elementi del *sandbox*, con particolare riguardo per la valutazione dei progetti testati» (trad.it mia).

Germania settentrionale e un consorzio di operatori del settore<sup>40</sup>.

Nel caso tedesco la novità ordinamentale è assorbita in un quadro normativo tradizionale, aderente alla vecchia *Stufenbaulehre*, seppur nel più movimentato contesto dell'ordinamento federale tedesco. La sperimentazione è infatti consentita da una modifica legislativa, che sa sua volta legittima un regolamento.

A differenza del caso italiano, il limite temporale della sperimentazione tedesca non riguarda la durata del *Reallabor-sandbox*, ma la norma stessa, che è soggetta a decadenza (nel caso di specie essa perde forza di legge con il giugno 2022)<sup>41</sup>. Il paragrafo 119 della *Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG)* ha previsto una *Experimentierklausel* e permesso così al governo federale di emanare un regolamento con la *Verordnungsermächtigung für das Forschungs- und Entwicklungsprogramm Schaulenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende*. Su questa base legislativa è stata emanata la *Verordnung zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens zur Sammlung von Erfahrungen im Förderprogramm, Schaulenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende*. Insomma, nel rispetto di una tradizionale teoria delle fonti è stata ammessa una profonda innovazione ordinamentale, suscettibile di imitazione in Italia<sup>42</sup>. Si noti infine la differenza tra la lunga, complessa normativa italiana e la sintetica normativa tedesca, riducibile ad un breve articolato.

Il caso tedesco è dunque di particolare interesse poiché apre una ipotesi di espansione dell'istituto, originariamente sorto per sostenere la tecno-finanza, e una sua possibile combinazione con il *New Green Deal* intrapreso dall'Unione europea a partire dalla Comunicazione della Commissione del dicembre 2019.

<sup>40</sup> A questo tema Daniela Fietze ha dedicato la sua tesi di dottorato. Scrive l'autrice che negli ultimi anni in Germania si è acceso il dibattito sulla digitalizzazione e su modelli digitali. "Tra le possibili soluzioni innovative sono stati chiamati in causa i *regulatory sandboxes*: agli attori con modelli di *business* innovativi dovrebbe essere offerto uno spazio protetto, un 'recinto di sabbia', nel quale essi possono testare le proprie innovazioni con il sostegno dell'autorità di vigilanza". E ancora: "laddove la regolamentazione è di ostacolo, l'autorità di vigilanza deve fare generoso uso della discrezionalità che le è attribuita. Non meraviglia affatto che poco più tardi il dibattito si sia esteso al settore dell'energia" (D. Fietze, *Experimentierklauseln für die Energiewende – Lehren aus der SINTEG-V*, Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades der juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg, 2021, pp. 2-12 e ss., trad.it. mia).

<sup>41</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Was passiert eigentlich in einem Reallabor der Energiewende?*, 29 aprile 2021: <https://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2021/05/Meldung/direkt-erklaert.html>.

<sup>42</sup> Per una panoramica su innovazione ed energia in Germania v. C. Stiel, A. Cullmann, C. Kemfert, A.S. Kritikos, J. Niehues e J. Rechlitz, *Innovationen im Energiebereich: Unternehmen forschen wenig selbst, investieren aber verstärkt in Klimaschutz und Digitalisierung*, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Wochenbericht 33, 2019, pp. 563-572.



Esempi simili sono da tempo una realtà in Francia. Per rendersi conto di come la sperimentazione sia già un fatto consolidato nell'ordinamento francese basta rivolgere attenzione al documento *Expérimenter pour innover a cura della Direction Générale des Entreprises du Gouvernement français* del 2017, nel quale sono elencati molteplici settori coinvolti dalla sperimentazione, dall'istruzione alla sanità, dall'energia alla tutela dell'ambiente e – infine – alla finanza<sup>43</sup>.

Lo scopo è sempre di consentire deroghe e ambiti di sperimentazione, la cui fattibilità è soggetta a una valutazione da parte della *Direction générale des entreprises*, dalla *Direction générale du Trésor* e dalle amministrazioni dei ministeri coinvolti per settore. Così, è stato possibile avviare, ad esempio, il *Projet Irrigation par réutilisation des eaux usagées urbaines traitées*. Il progetto è sviluppato dalla società Sede che in partenariato con Finsea ha sviluppato un sistema di riciclo dell'acqua. La deroga è ammessa in virtù della sperimentazione e consiste nel «*donner la possibilité au Préfet des Hautes-Pyrénées de délivrer, après consultation des administrations compétentes, une autorisation d'exploitation d'installations d'irrigation de cultures par aspersion d'eaux usées traitées*». La sperimentazione francese ha esteso fin da principio la forza derogatoria del modello *sandbox* all'ambiente, coniugandolo con una sorta di decentramento amministrativo della deroga.

Inoltre, con il 2021 il *regulatory sandbox* è stato ampiamente applicato al settore energetico (la seconda finestra per accogliere le istanze di ammissione si è chiusa il 14 gennaio scorso)<sup>44</sup>. Insomma, se in Italia la sperimentazione è circoscritta da un decreto ministeriale ad ambiti molto definiti del settore tecno-finanziario, altrove essa è una realtà che si afferma rapidamente, complicando ulteriormente un sistema delle fonti che era già comunque da tempo mutato. Occorre dire, a questo proposito, che l'introduzione di sabbie giuridiche non poggia in Francia soltanto su puntuali basi legislative, ma anche sulla previsione costituzionale dell'articolo 37 comma 1, secondo il quale: «*la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental*». Così è stato previsto, a partire dal 2003, un vero e proprio diritto alla sperimentazione, adeguando, per così dire, il diritto al fatto.

<sup>43</sup> [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-et-enjeux/simplifications/france-experimentation-les-projets-retenus-doissier-de-presse-mars2016.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/simplifications/france-experimentation-les-projets-retenus-doissier-de-presse-mars2016.pdf).

<sup>44</sup> <https://www.cre.fr/en/Energetic-transition-and-technologic-innovation/regulatory-sandbox>.



Questi esempi mostrano che il passaggio dal modello della *piramide* normativa a quello della *rete* non comporta necessariamente un indebolimento della funzione ordinatrice del diritto, ma consente invece di applicare principi giuridici fluidi ad una realtà che necessita di essere regolamentata senza incappare nella Scilla di una eccessivamente rigida regolamentazione, ma senza nemmeno rinunciare a regolare fenomeni nuovi che sono oggi una realtà già esistente. Gli esempi riportati indicano infine che il *regulatory sandbox* non solo è suscettibile di sviluppi nell'alveo della tecno-finanza, come si evince dall'analisi del caso britannico, ma è anche applicabile a settori diversi da quelli originari, come avviene nel caso tedesco e francese, al fine di attenuare la regolazione e consentire deroghe e sperimentazione.

Queste precoci evoluzioni dell'istituto, che in Italia muove invece i suoi primi passi, meritano di essere attentamente osservate e potrebbero persino fungere da fonte di ispirazione per il legislatore italiano, ancora troppo vincolato a risalenti concezioni delle fonti giuridiche, oggi superate nella realtà. Vi è da sperare che l'esperienza del *regulatory sandbox* sia utilizzabile nel nostro Paese in settori quali l'ambiente, la prevenzione della salute e la sua cura, i servizi pubblici ed altri settori in cui anche attraverso il protagonismo dei cittadini si ripristinino e si sviluppino vincoli di solidarietà nella moderna società di massa.

**Abstract:** Il contributo riguarda il *regulatory sandbox* e il suo rapporto con le fonti del diritto. L'istituto è diffuso a livello globale ed è stato recentemente introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con il cosiddetto Decreto crescita. Esso consente degli spazi di sperimentazione nell'ambito *FinTech*, derogando alle norme vigenti. In questa prospettiva il *regulatory sandbox* si inserisce in un sistema delle fonti giuridiche profondamente modificato dai processi di internazionalizzazione e globalizzazione.

**Abstract:** The contribution concerns the regulatory sandbox and its relationship with the sources of law. The institution is widespread globally and it has recently been introduced into the Italian legal order through the so-called *Decreto crescita*. It allows room for experimentation in the *FinTech* domain, derogating from the rules in force. In this perspective, the regulatory sandbox becomes part of a system of legal sources which is profoundly modified by the process of internationalisation and globalisation.

**Parole chiave:** Regulatory sandbox – FinTech – fonti del diritto – diritto globale – soft law – innovazione

**Key words:** Regulatory sandbox – FinTech – Sources of law – Global law – Soft law - Innovation

# LA SENTENZA K 3/21 DEL 7 OTTOBRE 2021 DEL TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY: L'INFAUSTO ESITO DI DUE CRISI DAGLI SVILUPPI ANCORA DA DEFINIRE?\*

di Nicola Maffei\*\*

**Sommario.** 1. Introduzione. – 2. Le riforme del sistema giudiziario polacco: segnali di un *rule of law backsliding*. – 2.1. L'intervento sulla giustizia costituzionale. – 2.2. L'intervento sulla giustizia ordinaria. – 3. La complessa reazione dell'Unione europea tra percorsi politici e strumenti giurisdizionali. – 3.1. Stato di diritto: la difficile definizione di un valore. – 3.2. La tutela dello Stato di diritto: la via politica. – 3.3. (Segue): La tutela dello Stato di diritto: la via giurisdizionale. – 4. La pronuncia del Tribunale costituzionale polacco: il ritratto di due crisi? – 4.1. I prodromi della sentenza. – 4.2. La sentenza K 3/21: un approccio tematico. – 4.3. Il richiamo improprio alla teoria dei controlimiti: il preoccupante portato di una crisi *ab origine*. – 5. Conclusioni (e possibili soluzioni).

## 1. Introduzione.

*“Our Treaties are very clear. All rulings by the European Court of Justice are binding on all Member States’ authorities, including national courts. EU law has primacy over national law, including constitutional provisions. This is what all EU Member States have signed up to as members of the European Union. We will use all the powers that we have under the Treaties to ensure this”*<sup>1</sup>. Con queste parole, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha commentato, con estrema fermezza ed altrettanta preoccupazione, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco K 3/21 intervenuta il 7 ottobre 2021 a seguito del ricorso in via d’azione promosso il 29 marzo 2021 dal Presidente del Consiglio polacco Mateusz Morawiecki in merito alla presunta incompatibilità di alcune disposizioni del Trattato sull’Unione europea, così come interpretate dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, con alcuni articoli della Costituzione polacca. Dinanzi al

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Dottorando di ricerca in “Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali” – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

<sup>1</sup> *Statement by European Commission President Ursula von der Leyen, 21/5163, Bruxelles, 8 ottobre 2021*, disponibile su [file:///C:/Users/nicol/Downloads/Statement\\_by\\_European\\_Commission\\_President\\_Ursula\\_von\\_der\\_Leyen.pdf](file:///C:/Users/nicol/Downloads/Statement_by_European_Commission_President_Ursula_von_der_Leyen.pdf).

ricorso promosso, sinteticamente enucleabile nel quesito relativo alla possibilità o meno per la Polonia di decidere unilateralmente, a tutela della propria sovranità, i casi in cui il diritto UE e le sentenze della CGUE violino il nucleo fondamentale dello Stato polacco e della sua Costituzione e, in caso di risposta positiva, con quali conseguenze<sup>2</sup>, il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sostenendo sostanzialmente come nelle ipotesi definite nel quesito citato, e dunque con riferimento ai principi di diritto sanciti dalle sentenze della Corte di Giustizia<sup>3</sup>, la Costituzione polacca prevalga sul diritto dell'Unione, mettendo così in discussione a livello sistemico uno dei principi cardine del processo di integrazione europea: il principio del primato del diritto UE sul diritto interno degli Stati membri. L'impatto evidentemente traumatico della sentenza va, tuttavia, contestualizzato e letto, in particolare, come l'apice di un lungo confronto articolatosi tra le autorità polacche e le autorità europee in relazione alla crisi dello Stato di diritto originatasi in Polonia in virtù delle riforme promosse a partire dal 2015 dal Governo di Varsavia in tema, dapprima, di giustizia costituzionale e, successivamente, di giustizia ordinaria. A questo proposito, obiettivo di tale studio sarà procedere, in via preliminare, a una breve ricostruzione delle citate riforme nonché delle conseguenti misure adottate in sede politica e giurisdizionale dalle istituzioni dell'Unione, così da avere, successivamente, gli strumenti utili per sviluppare un'analisi critica della pronuncia citata che si proponga, nello specifico, di valutarne le gravi implicazioni, da un lato, sullo stato di salute della democrazia costituzionale in Polonia e, dall'altro e conseguentemente, sul cammino di integrazione europea.

## 2. Le riforme del sistema giudiziario polacco: segnali di un *rule of law backsliding*.

Nella storia costituzionale della Polonia, il 24 maggio 2015 può essere considerato il momento chiave dal quale ha preso avvio la sensibile inversione e regressione di quel

---

<sup>2</sup> L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, 28 ottobre 2021, p. 2.

<sup>3</sup> Al momento della proposizione del ricorso il riferimento era soprattutto alla sentenza del 2 marzo 2021 della CGUE nella causa C-824/18 pronunciata a seguito del rinvio pregiudiziale della Corte suprema amministrativa polacca.

processo di transizione costituzionale che, passando attraverso le revisioni costituzionali del 1989 nonché la successiva adozione della *piccola Costituzione* del 1992 sino a giungere all'adozione della Costituzione democratica del 1997, aveva condotto autorevole dottrina a considerare il Paese dell'Europa centro-orientale come una democrazia in via di consolidamento<sup>4</sup>. Il ballottaggio nelle elezioni presidenziali celebratosi in tale data ha visto infatti prevalere, con il 51,55% dei voti, Andrzej Sebastian Duda, esponente del partito conservatore di destra *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS), sul Presidente uscente Bronisław Maria Komorowski, appartenente, invece, al partito di centro, per otto anni a guida del Paese, *Platforma Obywatelska* (PO). A tale avvicendamento alla Presidenza della Repubblica, in un Paese che – è opportuno rammentare – pur adottando una forma di governo parlamentare presenta evidenti tratti tipici del modello semipresidenziale<sup>5</sup>, ha fatto seguito, il 25 ottobre successivo, la vittoria sempre del partito PiS nelle elezioni generali per il rinnovo del *Sejm* (Camera bassa) e del Senato. In particolare, con il 37,58% dei consensi, il partito vincitore ha conquistato la maggioranza assoluta all'interno della Camera bassa che, secondo il dettato costituzionale, oltre ad essere depositaria – peraltro in via predominante rispetto al Senato – del potere legislativo, è altresì titolare del rapporto di fiducia con il Governo. È dunque a partire dal 2015 che il partito PiS, confermandosi al

<sup>4</sup> Sulla transizione democratica non solo della Polonia ma anche degli altri Paesi dell'Europa centrale e orientale fuoriusciti dai regimi comunisti v. , limitatamente alla dottrina italiana, L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 119-271; S. Bartole e P. Grilli Di Cortona (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale*, Torino, Giappichelli, 1998; C. Filippini, *Polonia*, Bologna, Il Mulino, 2010, cap. VII; S. Gambino (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003; L. Mezzetti, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 70 ss.; G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 176 ss.; S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale: da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Bologna, Il Mulino, 1993; F. Lanchester, *L'innovazione istituzionale e il mutamento di regime: spunti comparatistici*, in F. Lanchester (a cura di), *La legislazione elettorale negli Stati dell'Europa centro-orientale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 281 ss.; L. Montanari, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2014, pp. 512-553.

<sup>5</sup> L'elezione diretta del Capo dello Stato, prevista ex art. 127 Cost. polacca del 2 aprile 1997 (il testo in inglese Cost. polacca è disponibile su <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>) rappresenta un forte elemento di ibridazione nella classificazione della forma di governo polacca come forma di governo parlamentare. La dottrina non ha mancato, infatti, di assimilare la forma di governo polacca a quella semipresidenziale della V Repubblica francese. Cfr. sul punto A. Rinella, *I semipresidenzialismi dell'Europa centro-orientale*, in L. Pegoraro e A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 219-252; M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 171 ss.; L. L. Garlicki, *The Presidency in the New Polish Constitution*, in *East European Constitutional Review*, vol. 6, n. 2-3/1997, pp. 81-89.

potere anche nelle elezioni generali del 13 ottobre 2019<sup>6</sup> e in quelle presidenziali del 28 giugno-12 luglio 2020<sup>7</sup>, detiene ancora oggi le redini dell'architettura politico-istituzionale polacca così come disegnata dalla Costituzione del 1997 attualmente in vigore, Costituzione nella quale il menzionato partito politico ha peraltro sempre – paradossalmente – dichiarato di non riconoscersi<sup>8</sup>.

Il quadro politico-costituzionale qui brevemente richiamato rappresenta un'utile base per procedere alla ricostruzione, in questo paragrafo, delle tappe fondamentali dell'involuzione che in Polonia lo Stato di diritto ha subito negli ultimi anni, potendo in tal senso il caso polacco rappresentare uno degli esempi più chiari del c.d. *rule of law backsliding*, inteso come quel processo per cui, usando le parole di L. Pech e di K. L. Scheppele, *elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*<sup>9</sup>. Il prisma di osservazione che qui intende adottarsi è, nello specifico, lo studio del terzo dei tre poteri dello Stato di montesqueiana memoria: il potere giudiziario. Sviluppare il discorso analizzando gli interventi operati dal Governo PiS e dalla maggioranza parlamentare a suo sostegno negli ultimi anni riguardo alla giustizia costituzionale, da un lato, e alla giustizia ordinaria, dall'altro, pare infatti costituire un approccio particolarmente utile in quanto, considerata l'importanza che riveste l'organizzazione della funzione giudiziaria nella valutazione della tenuta democratica di un ordinamento costituzionale, risulta più agevole in tal modo la comprensione dei motivi per i quali attenta dottrina, nel descrivere lo status della democrazia polacca negli ultimi anni, si esprima in termini di

<sup>6</sup> Nelle elezioni generali del 13 ottobre 2019 il PiS ha aumentato i consensi ottenendo il 43,59% dei voti e mantenendo la maggioranza assoluta nel *Sejm* con 235 seggi su 460 e potendo dunque governare senza ausilio di altri partiti. Al Senato ha registrato una flessione dei consensi ottenendo il 39,99% dei voti e assicurandosi, pertanto, 48 seggi su 100. Va tuttavia segnalato come la vittoria dell'opposizione al Senato ha effetti limitati in quanto ai sensi della Costituzione il Senato non vota la fiducia al Governo, potendo solo rallentare l'iter legislativo, avendo a disposizione trenta giorni per pronunciarsi su un progetto di legge approvato dal *Sejm* con una delibera che quest'ultimo può a sua volta respingere a maggioranza dei voti.

<sup>7</sup> Le elezioni presidenziali 28 giugno-12 luglio 2020, rinviate a causa della pandemia da COVID-19, hanno visto prevalere Duda al ballottaggio con il 51,03% dei suffragi contro il candidato avversario Rafal Kazimierz Trzaskowski di Piattaforma Civica e sindaco di Varsavia che si è fermato al 48,97% dei consensi.

<sup>8</sup> C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Poxexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, n. 24/2021, p. vi ss.; J. Sawicki, *La conquista della Corte costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2016.

<sup>9</sup> L. Pech e K. L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 8.

torsione “illiberale” della stessa<sup>10</sup>.

### 2.1. L'intervento sulla giustizia costituzionale.

Procedendo con ordine, è dunque importante analizzare innanzitutto le riforme che hanno interessato il *Trybunał Konstytucyjny* (TC) nel biennio 2015-2016. Va preliminarmente ricordato come il Tribunale costituzionale polacco, sebbene istituito già nel 1982, abbia iniziato ad operare pienamente come organo di giustizia costituzionale solo a seguito dell'adozione della Costituzione democratica del 1997 e della legge sul Tribunale costituzionale dello stesso anno<sup>11</sup>. Il modello di giustizia costituzionale adottato è stato quello di tipo kelseniano con un organo accentrato ispirato in particolare al *Bundesverfassungsgericht*<sup>12</sup>. A ciò si deve, segnatamente, la scelta di legare la composizione dell'organo all'elezione da parte del *Sejm* per quanto riguarda l'intero collegio. In particolare, il procedimento di nomina dei giudici costituzionali prevede 1) la nomina del candidato da parte del Presidium del *Sejm* composto da Presidente e Vicepresidente; 2) l'opinione sulla nomina da parte del Comitato permanente per la giustizia e i diritti umani; 3) la votazione a maggioranza assoluta del *Sejm* con partecipazione alla deliberazione almeno della maggioranza assoluta dei suoi membri. L'elevato tasso di politicizzazione che evidentemente connota il procedimento di selezione dei componenti dell'organo di giustizia costituzionale, sebbene mitigato dalla lunga durata del mandato pari a nove anni come garanzia di indipendenza dei giudici, ha rappresentato

<sup>10</sup> L'elaborazione del concetto di democrazia illiberale si deve a F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6/1997, p. 22 ss. Sul caso polacco v. in particolare J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, Franco Angeli, 2018; J. Sawicki, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale: Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, Franco Angeli, 2020; M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2019, pp. 167-216; T. Drinóczi e A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, vol. 20, n. 8/2019, pp. 1140-1166; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, pp. 3999-4020; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, pp. 3863-3874.

<sup>11</sup> W. Sokolewicz, *Constitutional Tribunal - The Polish Variation of Judicial Review*, in G. de Vergottini (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 243-271.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto G. J. Wasiewski, *Constitutional Jurisdiction in Poland and Germany: A Note*, in *Review of Central and East European Law*, vol. 32, n. 4/2007, pp. 443-466.



l'elemento di fragilità del Tribunale costituzionale che, dopo aver assolto un ruolo importante a favore del consolidamento della democrazia in Polonia<sup>13</sup>, si è trovato al centro di una crisi costituzionale consumatasi nel passaggio dalla VII alla VIII legislatura ed i cui effetti, come si vedrà, possono rinvenirsi anche nella pronuncia K 3/21, da cui tale studio trae origine. L'inizio della crisi citata si deve all'approvazione, il 25 giugno 2015, da parte del *Sejm* a maggioranza PO, ormai a fine legislatura, di una nuova legge ordinaria sul TC che, pur confermando l'elezione dell'intero collegio a opera della Camera bassa, introduceva all'art. 137 una disposizione transitoria che consentiva alla maggioranza politica del momento di nominare non solo i tre giudici costituzionali in scadenza prima della convocazione della nuova Camera bassa, ma, anche, altri due giudici che avrebbero dovuto essere scelti dopo l'insediamento del nuovo *Sejm*<sup>14</sup>. Sulla base di tale disposizione, l'ultima seduta parlamentare della VII legislatura si concludeva con la nomina unilaterale di cinque giudici costituzionali che, in seguito al giuramento dinanzi al Presidente della Repubblica, avrebbero sostituito i colleghi in scadenza di mandato. Si trattava evidentemente di una strategia elaborata dalla maggioranza uscente al fine di assicurarsi, nell'eventualità di una sconfitta all'imminente tornata elettorale, la prevalenza assoluta dei giudici costituzionali di propria scelta almeno per tutta la durata della legislatura successiva. Mediante l'indicazione di cinque dei quindici giudici costituzionali, il PO si assicurava, infatti, il controllo del *quorum* del TC idoneo a paralizzare l'attività legislativa dell'eventuale nuova maggioranza scaturente dalle successive elezioni generali<sup>15</sup>. La reazione dell'allora partito di opposizione PiS non si fece attendere e si concretò nella presentazione, il 23 ottobre 2015, di un ricorso dinanzi al TC. Tuttavia, a seguito degli esiti nelle elezioni generali e presidenziali su richiamati, il PiS, divenuto ormai partito di maggioranza all'interno del *Sejm* ed esprimendo altresì il Presidente della Repubblica, non

<sup>13</sup> Cfr. sul punto M. Mazurkiewicz, *The Role of the Constitutional Tribunal in Creating the Principles of a Democratic State, Ruled by Law, in the Transition Process*, relazione presentata alla Conferenza organizzata dalla Commissione di Venezia *Role of the Constitutional Court in the Maintenance of the Stability and Development of the Constitution* il 27 e 28 febbraio 2004 a Mosca, disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2004\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2004)022-e).

<sup>14</sup> A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts/>.

<sup>15</sup> M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016, p. 5; C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. VI.

si limitò all'appena citato intervento istituzionale di richiesta di controllo da parte del TC, bensì, dopo aver ritirato strategicamente il ricorso di costituzionalità, organizzò la propria azione seguendo tre passaggi tra loro successivi. Il primo di questi si concretò nell'uso strumentale dei poteri del Presidente della Repubblica Duda il quale, rifiutandosi di accettare il necessario giuramento dei cinque giudici eletti dalla precedente legislatura nelle sue mani, impedì, di fatto, la loro immissione nel ruolo di giudici costituzionali e, in particolare, la sostituzione dei tre giudici che al momento della convocazione del nuovo *Sejm* avevano già terminato il proprio mandato. Il secondo passaggio fu l'approvazione, il 19 novembre 2015, di una legge emendativa della legge sul TC del 25 giugno 2015, che nel mentre veniva paradossalmente impugnata davanti al TC dallo stesso PO. La legge di modifica, annullando l'art. 137 succitato, prevedeva la riduzione del mandato del Presidente e del Vicepresidente del TC a tre anni con la possibilità di un solo rinnovo, la decorrenza del mandato dei giudici costituzionali a partire dal giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica nonché, data l'efficacia retroattiva della legge e la conseguente invalidità delle nomine dei cinque giudici da parte del precedente *Sejm* perché non seguite dal giuramento nelle mani del Presidente Duda, l'autorizzazione per il nuovo *Sejm* alla nomina di cinque giudici costituzionali. Nonostante la presentazione del ricorso di costituzionalità avverso tale legge del 19 novembre da parte di un gruppo di deputati (caso K 35/15), dell'Ombudsman (caso K 37/15), del Consiglio superiore della Magistratura e del Presidente della Corte Suprema (casi K 38/15 e 40/15), la nuova maggioranza parlamentare a guida PiS, come terzo atto, procedette, il 2 dicembre 2015, alla selezione dei cinque nuovi giudici costituzionali e la notte stessa, tra il 2 e il 3 dicembre, quattro di loro, nell'attesa che l'8 dicembre andasse in scadenza anche l'ultimo giudice, prestarono giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica, assumendo così le funzioni di giudici costituzionali<sup>16</sup>. A fronte della frettolosa nomina dei cinque giudici costituzionali, giustificata dall'esigenza avvertita dal partito PiS di anticipare le pronunce del TC sui ricorsi pendenti relativi alla legge del 25 giugno 2015 e alla legge del 19 novembre 2015, il TC stesso, pur affidando la decisione ad un collegio di soli cinque magistrati, data la ricusabilità di tre giudici per la loro partecipazione all'istruttoria del provvedimento

<sup>16</sup> F. Vecchio, *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. Raffiotta, A. Pérez Miras e G. Teruel Lozano (a cura di), *Constitución e Integración Europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 301-302.

normativo impugnato, si pronunciò affermando l'incostituzionalità dell'art. 137 della legge del 25 giugno 2015 solo nella parte in cui consentiva le nomine in sostituzione dei due giudici in scadenza a seguito della convocazione inaugurale della VIII legislatura, volendo in tal modo, da un lato, salvare la nomina di tre dei cinque giudici nominati dalla VII legislatura e, dall'altro, consentire all'VIII legislatura di nominare i due magistrati mancanti. L'intervento del TC volto a ristabilire l'ordine costituzionale violato risultò, tuttavia, vanificato dalla mancata pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale<sup>17</sup> della sentenza. Rappresentando infatti la pubblicazione in Gazzetta, ai sensi della Costituzione polacca, la condizione di efficacia di ogni provvedimento del TC<sup>18</sup>, il PiS, tramite la sua influenza sugli uffici addetti alla redazione della Gazzetta, impedì, di fatto, che una sentenza evidentemente non confacente alle mire egemoniche del partito producesse effetti giuridici. Dinanzi a tale sopruso, il TC, strenuamente, con una decisione del 9 dicembre 2015, si pronunciò sul ricorso pendente in merito alla legge del 19 novembre 2015 dichiarando incompatibili con l'art. 194 e l'art. 173 Cost. polacca sia l'applicazione retroattiva delle modifiche ai termini del mandato del Presidente e Vicepresidente del TC, sia il margine di discrezionalità riservato dalla nuova procedura di nomina dei giudici al Presidente della Repubblica nonché, da ultimo, la nomina dei tre giudici di competenza, invece, della VII legislatura<sup>19</sup>. Poco, tuttavia, poté il Tribunale costituzionale, nonostante la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle due pronunce giurisprudenziali il 16 e il 18 dicembre 2015, dinanzi a ciò che attenta dottrina ha definito come il "colpo di grazia" inferto alla sua indipendenza: l'approvazione della legge del 22 dicembre 2015<sup>20</sup>. Tale legge, intervenendo sul funzionamento del TC, da un lato, impose la composizione plenaria come regola ordinaria per il funzionamento del Tribunale con l'evidente intento di rallentare la prontezza di intervento dell'organo di giustizia costituzionale<sup>21</sup> e, dall'altro lato, elevò il *quorum* costitutivo della composizione plenaria da undici a tredici membri e il *quorum* deliberativo per dichiarare l'incostituzionalità di un provvedimento dalla maggioranza

<sup>17</sup> *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej* (Giornale delle Leggi della Repubblica di Polonia).

<sup>18</sup> Art. 190, par. 3, Cost. polacca.

<sup>19</sup> Per un commento alle due pronunce sulla legge del 25 giugno e del 19 novembre 2015 v. T. T. Konciewicz, *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/bruised-but-not-dead-yet-the-polish-constitutional-court-has-spoken-2/>.

<sup>20</sup> F. Vecchio, *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, p. 304.

<sup>21</sup> A. Radwan, *Chess-boxing around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/chess-boxing-around-the-rule-of-law-polish-constitutionalism-at-trial/>.

semplice alla maggioranza dei due terzi, assicurando così al partito PiS una sorta di potere di veto sulle decisioni del TC, data la sostanziale equivalenza sussistente tra il *quorum* deliberativo appena menzionato e il numero dei giudici scelti dal partito di governo<sup>22</sup>. La legge richiamata<sup>23</sup>, oltre ad aver suscitato le prime preoccupazioni e i primi interventi da parte delle istituzioni dell'Unione europea e della Commissione di Venezia, che saranno tuttavia analizzate nel successivo paragrafo, incontrò anch'essa la pronuncia di incostituzionalità da parte del TC con la sentenza del 9 marzo 2016. Tuttavia, anche in tal caso, essa rimase priva di effetti giuridici in quanto non pubblicata in Gazzetta Ufficiale<sup>24</sup>. Medesima sorte caratterizzò la sentenza di incostituzionalità del TC pronunciata avverso l'ennesima legge di riforma del TC del 22 luglio 2016. Nonostante la successiva nomina di altri tre giudici vicini al partito PiS e la conseguente riduzione della produzione normativa in tema di TC, tra il 30 novembre e il 13 dicembre 2016 vennero promulgate tre nuove leggi che, tra gli altri elementi innovativi, prevedevano la richiesta ai giudici costituzionali di dichiarare il proprio stato patrimoniale nonché l'obbligo per essi di rassegnare le dimissioni al raggiungimento dei 70 anni di età in mancanza di un certificato medico attestante l'idoneità alla prosecuzione dell'incarico, così derogando alla previsione del mandato novennale ex art. 194 Cost.<sup>25</sup>. Da ultimo, sebbene il TC avesse censurato, il 7 novembre 2016, ulteriori disposizioni della citata legge del 22 luglio 2016, in particolare relativamente alle modalità di nomina del Presidente e del Vicepresidente dell'organo, il successivo 21 dicembre 2016 il Presidente della Repubblica Duda nominava Julia Przylebska – una dei giudici eletti illegittimamente dalla VIII legislatura – Presidente del Tribunale Costituzionale, dando così un ulteriore impulso, anche dal forte valore simbolico, alla colonizzazione istituzionale dell'organo di giustizia costituzionale iniziata sul finire del 2015 e conclusasi in via definitiva il 6 aprile 2020 con la nomina del giudice costituzionale Bartłomiej Sochański, membro di un collegio ormai interamente composto da giudici designati dalla maggioranza parlamentare fedele al Governo PiS.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> La legge del 22 dicembre 2015 è entrata in vigore dopo la promulgazione senza *vacatio legis* al fine di impedire al TC di giudicare la validità delle modifiche introdotte con le vecchie regole procedurali e per imporgli, pertanto, le nuove regole di procedura che rendono sostanzialmente impossibile pervenire a una pronuncia. Sul punto cfr. A. Radwan, *Chess-boxing around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, cit.

<sup>24</sup> M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, cit., pp. 9-10.

<sup>25</sup> G. Ragone, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, pp. 6-7.

## 2.2. L'intervento sulla giustizia ordinaria.

Gli interventi, qui brevemente richiamati, posti in essere dal PiS negli ultimi anni sulla composizione e sul funzionamento del Tribunale Costituzionale, idonei a trasformare l'organo di giustizia costituzionale – usando le parole di autorevole dottrina – in un “government's enabler”<sup>26</sup>, e cioè in un'istituzione di cui il Governo si avvale per vestire di legalità costituzionale ogni scelta realizzativa del proprio indirizzo politico, sulle cui implicazioni si rifletterà successivamente in maniera più compiuta a proposito della sentenza K 3/21, non hanno esaurito, come già anticipato, la pericolosa spinta riformatrice del sistema giudiziario polacco operata dal Governo che, a partire dal 2017, ha infatti concentrato la propria azione, con la necessaria complicità della maggioranza parlamentare, nell'approvazione di quello che è stato definito efficacemente da più osservatori come il “pacchetto giustizia”<sup>27</sup>. Tra luglio e dicembre 2017 la compagine parlamentare-governativa a guida PiS ha, infatti, approvato tre leggi riguardanti rispettivamente il sistema delle corti comuni (*sądy powszechne*), il Consiglio nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa, KRS*) e la Corte Suprema (*Sąd Najwyższy, SN*)<sup>28</sup>. Prima di analizzare nel dettaglio tali leggi, è preliminarmente importante notare come esse abbiano generato una situazione di profonda incertezza, anche definita di “caos giuridico”<sup>29</sup>, determinata dalla coesistenza di giudici nominati secondo le vecchie procedure e giudici, invece, sulle cui nomine si è registrata una forte influenza da parte del potere politico della maggioranza PiS, creando così le condizioni per la formazione di due

<sup>26</sup> W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 79.

<sup>27</sup> M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del “pacchetto giustizia” e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE online*, n. 4/2017, p. 1013 ss.; A. Angeli, A. Di Gregorio e J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, n. 3/2017, p. 787 ss.; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi.it*, n. 4/2021, pp. 1-21; M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE online*, n. 4/2020, pp. 4969-4980.

<sup>28</sup> Legge del 12 luglio 2017 emendativa della legge sul sistema delle corti comuni; legge dell'8 dicembre 2017 che emenda la legge sul Consiglio nazionale della Magistratura; legge dell'8 dicembre sulla Corte suprema.

<sup>29</sup> In questi termini si è espresso il primo Presidente della Corte Suprema il 10 ottobre 2019. Si veda <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=578-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>.

ordinamenti giudiziari e, conseguentemente, di un dualismo giuridico all'interno del quale i giudici schieratisi a difesa dell'indipendenza e dell'imparzialità del proprio mandato, dinanzi agli attacchi provenienti – come si vedrà – dall'Esecutivo e, in particolare, dal Ministro della Giustizia<sup>30</sup>, hanno trovato solo sino a un determinato momento – e cioè il termine del mandato della prima Presidente Małgorzata Gesdorf il 30 aprile 2020 – la tutela della Corte Suprema, affidando di conseguenza la salvaguardia delle loro istanze all'intervento delle istituzioni europee e, nello specifico, della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>31</sup>.

Venendo all'analisi delle tre leggi citate, la prima di esse, relativa al sistema delle corti comuni, ha previsto l'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici – 60 anni per le donne e 65 anni per gli uomini – attribuendo al contempo al Ministro della Giustizia, da un lato, il potere di decidere l'eventuale prolungamento della carriera dei giudici oltre l'età del pensionamento, e dall'altro, il potere di nomina e revoca dei presidenti delle corti comuni, assolvendo funzioni organizzative fondamentali per il funzionamento delle stesse<sup>32</sup>. La legge dell'8 dicembre 2017 è, invece, intervenuta in merito alla composizione del Consiglio nazionale della Magistratura. Posto infatti che, ai sensi dell'art. 187 Cost., l'organo di autogoverno della magistratura contempla tra i propri membri anche quindici giudici provenienti dalla Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari<sup>33</sup>, nel silenzio del dettato costituzionale in merito all'organo titolare del potere di selezione di tali

<sup>30</sup> È importante sottolineare come il 13 marzo 2016 sia entrata in vigore la legge sull'Ufficio del Procuratore che ha (ri)accorpato le funzioni istituzionali di Ministro della Giustizia con quelle di Procuratore Generale. La ricongiunzione in un'unica persona delle cariche di Ministro della Giustizia e di Procuratore Generale ha effetti negativi sulla separazione dei poteri nonché sull'indipendenza della magistratura. Il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale esercita i poteri di supervisione non soltanto sull'organizzazione degli uffici della Procura di Stato, ma anche in relazione a singoli procedimenti giudiziari, potendo impartire istruzione ai procuratori sulla conduzione di specifiche azioni giudiziali. Inoltre, il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale può influire sulla carriera dei membri delle Procure di Stato, disponendo di ampi poteri con riguardo, come si vedrà, ai procedimenti disciplinari. Cfr. M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, cit., pp. 4972-4973.

<sup>31</sup> A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, cit., pp. 3-5.

<sup>32</sup> A. Angeli, A. Di Gregorio e J. Sawicki, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, cit., p. 792; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, pp. 3-4; M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, cit., p. 1015.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 187 Cost. polacca, oltre ai 15 membri togati, il Consiglio nazionale della Magistratura è composta dal primo Presidente della Corte Suprema, dal Ministro della Giustizia, dal Presidente della Suprema Corte amministrativa, da un membro nominato dal Presidente della Repubblica, da quattro membri eletti dal *Sejm* tra i deputati e due membri eletti dal Senato tra i senatori.



quindici membri togati, tale legge, dopo aver previsto che i quindici membri in carica terminassero il proprio mandato entro 90 giorni dalla sua entrata in vigore, ha assegnato al *Sejm* il potere di nominarli, scegliendoli tra una lista di candidati proposti da almeno duemila elettori o da venticinque giudici, a maggioranza dei tre quinti nella prima votazione e a maggioranza semplice dalla successiva votazione, alla presenza di almeno la metà dei membri della Camera bassa. Seguendo un procedimento che la stessa camera del lavoro della Corte Suprema, nella sentenza del 5 dicembre 2019, ha definito poco trasparente, il 5 aprile 2018 il *Sejm* ha eletto, dunque, i quindici nuovi membri togati del Consiglio nazionale della Magistratura<sup>34</sup>. Il carattere problematico di tale intervento normativo in relazione allo stato di salute dello Stato di diritto in Polonia può essere profondamente compreso solo se lo si lega all'analisi della legge di riforma della Corte Suprema approvata sempre l'8 dicembre 2017 ed entrata in vigore il 3 aprile 2018. Solo dall'analisi di tale legge, emendata più volte nei mesi seguenti, è infatti possibile comprendere la sistematicità delle mire egemoniche sul potere giudiziario da parte del Governo e del Parlamento a guida PiS. La legge in esame ha, infatti, introdotto un nuovo meccanismo di selezione del primo Presidente della Corte stessa, ha abbassato l'età pensionabile dei giudici da 70 a 65 anni ed ha istituito accanto alle tre camere già previste – camera civile, camera penale e camera del lavoro e della previdenza sociale – due nuove camere: la camera disciplinare e la camera di controllo straordinario e degli affari pubblici, dotandole rispettivamente di ampi poteri, da un lato, in materia di procedimenti disciplinari contro i giudici, pensionamento e diritto del lavoro dei magistrati della Corte Suprema, e dall'altro lato, in materia di procedimenti straordinari ed elettorali<sup>35</sup>. In particolare, è qui importante evidenziare come, nel riconoscere alla camera disciplinare la competenza per i procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati supremi nonché, in grado di appello, verso i magistrati ordinari, la nuova legge abbia previsto la partecipazione al relativo giudizio anche dei giudici eletti in Senato e, soprattutto, abbia attribuito un ruolo fondamentale sia al Presidente della Repubblica che al Ministro della Giustizia. Al primo, infatti, è stato riconosciuto il potere

<sup>34</sup> La poca trasparenza del procedimento di selezione si deve alla circostanza per la quale su oltre 10000 giudici che operano nelle corti polacche sono state presentate solo 18 candidature. Inoltre, le liste di cittadini e di giudici a sostegno di tali candidature non sono mai state rese pubbliche. Sul punto cfr. J. Sawicki, *Si inasprisce il confronto con l'Unione europea, mentre si aprono nuovi capitoli del conflitto con l'estero*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2018, p. 4.

<sup>35</sup> Alla camera per il controllo straordinario e gli affari pubblici è assegnata la competenza di decidere gli appelli straordinari, che consentono l'impugnazione di ogni sentenza (anche passata in giudicato) emessa dagli organi giurisdizionali.



di designare, nei procedimenti disciplinari, un procuratore straordinario disciplinare, selezionabile anche tra i magistrati ordinari e militari<sup>36</sup> e non necessariamente tra i magistrati della Corte Suprema. In presenza dei presupposti di legge per l'instaurazione di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato della Corte Suprema, è stato attribuito al Presidente della Repubblica, entro trenta giorni dalla conoscenza dei fatti, il potere di procedere nella designazione di un procuratore straordinario disciplinare. Tuttavia, in caso di inerzia del Capo dello Stato, è stata riconosciuta al Ministro della Giustizia la facoltà di comunicare al primo la sua intenzione di nominare il procuratore straordinario disciplinare e, in caso di ulteriore inerzia per altri trenta giorni, il potere di provvedervi personalmente. Risulta dunque evidente il forte coinvolgimento del potere esecutivo nel funzionamento della Corte suprema e, in particolare modo, nell'operato della sua camera disciplinare<sup>37</sup>. Tuttavia, quanto più interessa in questa sede è rammentare come, in merito alla composizione della Corte Suprema, la legge abbia sancito la nomina dei membri ad opera del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura. È stato così permesso alla compagine parlamentare-governativa, tramite la propria influenza sul riformato organo di autogoverno della magistratura, di determinare altresì la composizione delle due nuove e potenti camere della Corte Suprema.

Il carattere evidentemente pervasivo dell'influenza esercitata dalla maggioranza politica PiS nella formazione dei principali organi di garanzia del sistema giudiziario polacco, quali il Consiglio nazionale della Magistratura e la Corte Suprema, ha comportato l'intervento sia di carattere politico che giurisdizionale delle istituzioni europee alla luce di quanto sancito dagli artt. 2 e 19 del TUE nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, rimandando l'analisi di tali interventi al successivo paragrafo, è qui importante richiamare la sentenza del 5 dicembre 2019 della stessa camera del lavoro della Corte Suprema la quale, chiamata a valutare se il riformato Consiglio nazionale della Magistratura e la nuova camera disciplinare della Corte Suprema offrissero sufficienti garanzie di imparzialità ed indipendenza nell'esercizio delle proprie funzioni,

---

<sup>36</sup> Prima della riforma, il procuratore straordinario disciplinare doveva essere selezionato esclusivamente tra i magistrati della Corte Suprema. Qualora il procedimento disciplinare nei confronti del magistrato della Corte Suprema si instauri per la commissione di un reato intenzionale o di un illecito fiscale il Presidente della Repubblica può nominare per lo svolgimento delle funzioni di procuratore straordinario disciplinare anche un procuratore (pubblico ministero), a condizione che sia appartenente agli uffici di vertice della Procura di Stato.

<sup>37</sup> M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, cit., pp. 4974-4975.

facendo riferimento, nelle motivazioni, al c.d. *Independence Test*<sup>38</sup> elaborato e utilizzato dalla CGUE nella sentenza *A. K. e altri c. Sąd Najwyższy* del 19 novembre 2019<sup>39</sup> e per la cui trattazione si rimanda ancora al successivo paragrafo, ha concluso come il Consiglio nazionale della Magistratura non offrisse adeguate garanzie di indipendenza dagli organi del potere legislativo ed esecutivo nella procedura di nomina dei giudici e che, di conseguenza, la camera disciplinare non potesse essere considerata una corte ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dell'art. 6 della CEDU<sup>40</sup>. La grave spaccatura creatasi tra, da un lato, giudici che, conformandosi alla pronuncia della CGUE e della camera del lavoro, iniziavano a dubitare che i togati nominati a seguito delle riforme del *pacchetto giustizia* potessero considerarsi indipendenti e imparziali, e dall'altro, giudici che si uniformavano pienamente alla linea sostenuta dal partito di governo PiS, ha determinato l'intervento del legislatore polacco che, nell'intento di scongiurare il perpetuarsi e l'aggravarsi di tale situazione di incertezza, ha proceduto all'approvazione di quella che la stampa interna e internazionale, nonché la prima Presidente della Corte Suprema Małgorzata Giedysz, non hanno esitato a definire legge *bavaglio* sul sistema giudiziario<sup>41</sup>. In data 23 gennaio 2020, superando a maggioranza assoluta la delibera contraria del Senato del 17 gennaio 2020<sup>42</sup>, il *Sejm* ha infatti approvato il provvedimento legislativo che può considerarsi l'ultimo e il più grave colpo inferto all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura polacca. Entrata in vigore il 14 febbraio 2020, tale legge

<sup>38</sup> Il test previsto dalla CGUE per valutare l'imparzialità e l'indipendenza degli organi giurisdizionali che danno attuazione al diritto dell'UE prevede la verifica di quattro caratteri: 1) le condizioni nelle quali è stato creato l'organo; 2) le caratteristiche dell'organo; 3) le modalità con le quali sono stati nominati i membri; 4) la capacità di resistere all'influenza esterna. Si punto cfr. P. Filipek, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/only-a-court-established-by-law-can-be-an-independent-court/>; M. Krajewski e M. Ziolkowski, *EU judicial independence decentralized: A.K.*, in *Common market law review*, vol. 57, n. 4/2020, pp. 1107-1138.

<sup>39</sup> Il testo della sentenza è disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=220770&doclang=IT>.

<sup>40</sup> Il testo della sentenza è disponibile su [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20po%207-18-2.pdf](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20po%207-18-2.pdf).

<sup>41</sup> Si vedano ad esempio *Poland: Lawmakers give green light to judge 'muzzle law'*, disponibile su <https://www.dw.com/en/poland-lawmakers-give-green-light-to-judge-muzzle-law/a-52131026>; L. Pech, W. Sadurski e K. L. Scheppele, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>; *Polish parliament approves judge 'muzzle law', Commission 'very concerned'*, disponibile su <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/polish-parliament-approves-judge-muzzle-law-commission-very-concerned/>.

<sup>42</sup> Ai sensi degli artt. 118-121 Cost. polacca il *Sejm* esamina in tre letture una proposta di legge, la quale viene trasmessa al Senato che entro trenta giorni può approvarla senza emendamenti ovvero emendarla ovvero, ancora, respingerla integralmente. Tuttavia, il *Sejm* può superare la delibera del Senato a maggioranza dei votanti con la presenza di almeno la metà dei suoi membri. In questo senso il *Sejm* assume un ruolo predominante rispetto al Senato nell'esercizio del potere legislativo.

prevede innanzitutto la responsabilità disciplinare per i giudici di tutte le corti che violino gravemente disposizioni di legge, che pongano in essere atti o omissioni in grado di ostacolare il funzionamento di un organo del potere giudiziario, in particolare «atti che mettano in dubbio il mandato o l'effettività della nomina di un giudice o il mandato di un organo della Repubblica», che compiano attività pubbliche incompatibili con i principi di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario o azioni lesive della dignità dell'ufficio ricoperto. La legge prosegue stabilendo come nell'ambito della loro attività sia inaccettabile per le corti mettere in discussione l'autorità di corti e tribunali, o di organi costituzionali dello Stato, o, ancora, di organi preposti al controllo e all'attuazione della legge. Inaccettabile viene altresì giudicata la circostanza per la quale una corte valuti la legittimità della nomina di un giudice e della sua conseguente capacità di esercitare le proprie funzioni. Ancora, la legge prevede l'obbligo per giudici e procuratori di presentare, entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge, una dichiarazione scritta relativa alla propria appartenenza ad associazioni, fondazioni che non svolgono attività imprenditoriale, partiti politici prima di avere assunto l'incarico e nel periodo antecedente al 29 dicembre 1989. Il quadro appena esposto, animato da un chiaro intento punitivo nei confronti dei giudici dissidenti, è completato, poi, da un lato, dall'ulteriore semplificazione del meccanismo di selezione – già riformato dalla legge sulla Corte Suprema del 2017 – del primo Presidente della Corte Suprema con il riconoscimento di un ruolo preponderante al Presidente della Repubblica e l'attribuzione a quest'ultimo del potere di nomina di un primo Presidente *ad interim*, nonché, dall'altro lato, dalla previsione per cui viene attribuita alla nuova camera straordinaria di controllo degli affari pubblici la competenza di giudicare in via definitiva le controversie relative alle decisioni riguardanti le nomine dei giudici delle corti comuni, della Corte Suprema, dei tribunali militari e delle corti amministrative<sup>43</sup>. È proprio alla luce dell'investitura da ultimo richiamata che, sebbene antecedentemente rispetto alla formale entrata in vigore della legge *bavaglio*, la nuova camera di controllo straordinaria e degli affari pubblici ha adottato l'8 gennaio 2020, in risposta alla già citata pronuncia della camera del lavoro del 5 dicembre 2019, una risoluzione con la quale, tramite un'interpretazione molto restrittiva degli artt. 144, c. 3, pt. 17 e 179, Cost. sulla nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica, mostrando formale deferenza nei confronti della pronuncia del 19 novembre 2019 della CGUE, ha, di fatto, disapplicato

<sup>43</sup> Il testo della legge è disponibile su <https://dziennikustaw.gov.pl/D2020000019001.pdf>.

le due sentenze ribadendo come in Polonia la nomina dei giudici rientrasse tra le prerogative del Presidente della Repubblica e pertanto non potesse essere oggetto di controllo da parte degli organi del potere giudiziario, potendosi dunque impugnare una risoluzione del Consiglio nazionale della Magistratura relativa alla proposta di un candidato alla carica di giudice solo fino al momento antecedente all'atto di nomina del Capo dello Stato volto a perfezionare la risoluzione stessa<sup>44</sup>.

A fronte di tale situazione, uno degli ultimi tentativi di resistenza avverso l'evidente ingerenza del potere esecutivo e legislativo sul potere giudiziario è stato messo in atto dalle c.d. *vecchie* camere – civile, penale e del lavoro – della Corte Suprema che, mediante una risoluzione congiunta adottata il 23 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 83, c. 1, legge sulla Corte Suprema<sup>45</sup>, attuativa della sentenza della CGUE del 19 novembre 2019 ed avente effetti retroattivi esclusivamente riguardo alle decisioni della camera disciplinare, hanno affermato come un collegio giudicante non potesse considerarsi formato in modo corretto se al proprio interno vi sedesse, tra gli altri, anche un giudice della Corte Suprema nominato su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura a seguito della riforma del 2017 ovvero un giudice di una corte comune o di un tribunale militare nominato su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura, poiché sarebbe risultato in tal modo violato il principio di imparzialità e indipendenza dei giudici previsto ex art. 45, par. 1, Cost., nonché ex art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e ex art. 6 CEDU. La reazione del potere politico non si è fatta attendere e, anzi, anticipando l'adozione della risoluzione citata, si è concretata il 22 gennaio 2020 nella proposizione di due quesiti al Tribunale costituzionale da parte del Presidente del *Sejm*. Nel primo quesito si chiedeva al TC se la Corte Suprema potesse, mediante una risoluzione ex art. 83, c. 1, legge sulla Corte suprema adottata in relazione ad una sentenza di un Tribunale internazionale, introdurre delle modifiche in merito all'organizzazione del potere giudiziario ovvero se tale potere spettasse in via esclusiva al legislatore. Nel secondo quesito, invece, si domandava al TC se la Corte Suprema avesse il potere, da un lato, di giudicare l'effettività dell'atto di nomina di un giudice da parte del Presidente della Repubblica e, dall'altro, di introdurre

<sup>44</sup> Il testo della risoluzione della camera straordinaria è disponibile su <https://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/i%20nozp%203-19-2.docx.html>.

<sup>45</sup> Secondo l'art. 83, c. 1, legge sulla Corte Suprema «Nel caso si generino contrasti nell'interpretazione della legge nella giurisprudenza di tribunali comuni, tribunali militari o della Corte Suprema, il primo Presidente della Corte Suprema può, al fine di garantire l'uniformità della giurisprudenza, richiedere la soluzione di tale contrasto da parte della Corte Suprema in un collegio di sette giudici o un'altra configurazione appropriata».

un'interpretazione vincolante degli artt. 144, par. 3, n. 17 e 179, Costituzione in materia di nomina dei giudici<sup>46</sup>.

La prime misure adottate dal Tribunale costituzionale sono state di carattere provvisorio. Con decisione del 28 gennaio 2020 il TC ha infatti sospeso, da un lato, l'applicazione della risoluzione della Corte Suprema del 23 gennaio 2020 e, dall'altro, il potere per la Corte Suprema stessa di adottare risoluzioni in merito 1) alla composizione del Consiglio nazionale della Magistratura, 2) ai meccanismi di selezione e nomina dei giudici, 3) alla possibilità per i giudici selezionati successivamente alla riforma del Consiglio nazionale della Magistratura di continuare nell'esercizio delle proprie funzioni. A tali misure sospensive ha fatto seguito la sentenza del 21 aprile 2020 con la quale il Tribunale costituzionale, pronunciandosi sul conflitto di competenza tra il *Sejm* e la Corte Suprema e tra il Presidente della Repubblica e la Corte Suprema, in relazione al primo quesito postogli, ha stabilito come la Corte Suprema non avesse il potere di introdurre delle modifiche al sistema e all'organizzazione del potere giudiziario, restando tale materia di competenza esclusiva del legislatore e, con riferimento al secondo quesito, ha ribadito come la nomina di un giudice fosse di esclusiva competenza del Presidente della Repubblica e come la Corte Suprema non potesse dare un'interpretazione vincolante relativamente all'esercizio di tale potere da parte del Presidente della Repubblica stesso<sup>47</sup>. Con la sentenza nel caso U 2/20 del 20 aprile 2020 il TC ha, infine, dichiarato la non conformità della risoluzione congiunta della Corte Suprema del 23 gennaio 2020 sia con gli artt. 144, par. 3, 179, 183, 145, par. 1, 8 par. 1, 7 e 2, Costituzione polacca, nonché con gli artt. 2 e 4, par. 3, TUE e l'art. 6, c. 1, CEDU<sup>48</sup>.

L'intervento evidentemente restrittivo nei confronti dell'attivismo delle camere *vecchie*

<sup>46</sup> Il testo dei due quesiti è disponibile su <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/agent.xsp?symbol=TK&Rok=2020>.

<sup>47</sup> Il testo della decisione del caso Kpt 1/20 è disponibile su <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/10945-spor-kompetencyjny-miedzy-sejmem-rp-a-sadem-najwyzszym-oraz-miedzy-prezydentem-rp-a-sadem-najwyzszym>.

<sup>48</sup> Gli artt. 179 e 144, par. 3, riguardano la nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura, l'art. 183 riguarda le competenze della Corte Suprema, l'art. 145 par. 1 riguarda gli obblighi del Presidente della Repubblica, l'art. 8, par. 1, riguarda la posizione della Costituzione nel sistema delle fonti, l'art. 7 riguarda lo Stato di diritto e l'art. 2 riguarda lo Stato democratico e sociale. L'art. 2 TUE riguarda i valori sui quali si fonda l'Unione, l'art. 4, par. 3, riguarda la leale cooperazione e l'art. 6, c. 1, CEDU riguarda il diritto a un equo processo. Il testo della sentenza nel caso U 2/20 è disponibile su <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11040-uchwala-skladu-polaczonych-izb-cywilnej-karnej-oraz-pracy-i-ubezpieczen-spolecznych-sadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120>.

della Corte Suprema operato dal Tribunale costituzionale polacco evidenzia in modo chiaro le ragioni per cui, per descrivere il cammino involutivo dello Stato di diritto in Polonia, si è qui deciso di analizzare le riforme del TC e degli organi giurisdizionali ordinari polacchi in modo immediatamente consequenziale. La strenua difesa dell'indipendenza e dell'imparzialità del sistema giudiziario portata avanti soprattutto dalla componente *vecchia* della Corte Suprema contro i reiterati attacchi del potere parlamentare-governativo non ha trovato, infatti, nel Tribunale costituzionale, anch'esso stravolto nella sua composizione, il giusto alleato custode di una lettura effettivamente costituzionale – nonché come si vedrà europea – dell'esercizio della funzione giurisdizionale in uno Stato costituzionale di diritto. La sentenza appena citata del TC dimostra, peraltro, non solo il pieno adeguamento dell'organo di giustizia costituzionale alla linea sostenuta dall'Esecutivo, ma, altresì, una certa lontananza dalle istituzioni dell'Unione europea. Pochi giorni prima della sentenza del TC citata era infatti intervenuta l'ordinanza dell'8 aprile 2020 della CGUE nel caso C-791/19 R che, nell'ambito della terza procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro la Polonia, aveva imposto alle autorità polacche l'immediata sospensione dell'attività della camera disciplinare in attesa della propria sentenza definitiva<sup>49</sup>. Dinanzi al silenzio del TC sul punto, l'adeguamento all'ordinanza della CGUE era ancora una volta provenuto dalla prima Presidente della Corte Suprema Małgorzata Giesdorf la quale, con l'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020, aveva sospeso l'attività della camera disciplinare e contemporaneamente disposto il trasferimento dei casi in esame alle *vecchie* camere della Corte Suprema<sup>50</sup>. Tuttavia, scaduto il mandato della prima Presidente il 30 aprile 2020, il Presidente della Repubblica, esercitando l'ampia discrezionalità riconosciutagli dalla nuova legge sulla Corte suprema del 2017 riguardo alla nomina del primo Presidente della Corte suprema e del Presidente

<sup>49</sup> Corte di Giustizia, ordinanza 8 aprile 2020, C-791/19 R, Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges), spec. pt. 78. Per un commento all'ordinanza della CGUE cfr. S. Gianello, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r) dell'8 aprile 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020, pp. 1-20.

<sup>50</sup> Il testo dell'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020 è disponibile su [https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/NewForm/Zarz%C4%85dzenie%20nr%2048\\_2020%20Pierwszego%20Prezesa%20SN%20z%20dnia%2020%20kwietnia%202020r.pdf](https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/NewForm/Zarz%C4%85dzenie%20nr%2048_2020%20Pierwszego%20Prezesa%20SN%20z%20dnia%2020%20kwietnia%202020r.pdf).



*ad interim*<sup>51</sup>, ha affidato tali incarichi a personalità filo-governative<sup>52</sup> con la conseguenza che, a dispetto di un formale atteggiamento ossequioso dimostrato nei confronti dell'ordinanza della CGUE mediante la sospensione dei procedimenti disciplinari pendenti contro i giudici dissidenti, interpretando l'ordinanza medesima come sospensiva unicamente dei *procedimenti disciplinari*, si è proceduto ad annullare l'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020 e a ripristinare, di conseguenza, il regolare funzionamento alla camera disciplinare<sup>53</sup> la quale, nello specifico, ha disposto l'autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti di quei giudici che avevano manifestato posizioni contrarie e critiche verso le politiche riformatrici portate avanti dalla compagine governativa in materia di sistema giudiziario<sup>54</sup>.

Un Tribunale costituzionale asservito all'indirizzo politico contingente, un organo di autogoverno della magistratura composto da membri scelti, nella quasi totalità, dalla maggioranza parlamentare e una Corte Suprema assolvente, tramite la sua camera disciplinare, la funzione di *braccio armato* dell'Esecutivo nei confronti dei giudici dissidenti consegnano all'osservatore un quadro pericolosamente lesivo dello Stato di diritto in Polonia. L'ineludibilità dell'equilibrata dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio*

<sup>51</sup> Secondo l'art. 12 co. 1 della legge del 20 dicembre 2019 il primo Presidente della Corte Suprema viene nominato dal Presidente della Repubblica tra cinque candidati eletti dall'Assemblea generale dei giudici della Corte Suprema con un mandato di sei anni rinnovabile una sola volta. Secondo l'art. 13 commi 5 e 6, per la selezione dei cinque candidati, i giudici dell'Assemblea generale possono esprimere una sola preferenza e risultano eletti coloro che hanno ottenuto il maggior numero di voti. Il Presidente della Repubblica gode di un'ampia discrezionalità in quanto non esiste un *quorum* per la selezione dei cinque candidati e, soprattutto, non ha l'obbligo di nominare il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti dei giudici dell'Assemblea generale. Il Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 13a gode poi di assoluta discrezionalità nella selezione del primo Presidente *ad interim* qualora non sia possibile nominare il primo Presidente.

<sup>52</sup> Il Presidente Duda ha nominato come primo Presidente *ad interim* Kamil Zaradkiewicz il 1° maggio 2020 e come primo Presidente Małgorzata Manowska il 25 maggio 2020. Cfr. sul punto J. Sawicki, *Duda confermato nelle elezioni presidenziali rinviate per il Covid-19, con una forzatura costituzionale (grave) per evitarne un'altra peggiore*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 9.

<sup>53</sup> Si vedano gli artt. 1 e 4 dell'ordinanza n. 55/2020 del 5 maggio 2020 disponibile in inglese su [https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/Zarz\\_PP\\_SN\\_55\\_2020\\_EN.pdf](https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/Zarz_PP_SN_55_2020_EN.pdf).

<sup>54</sup> Secondo quanto previsto dalla legge sulla Corte Suprema, come modificata dalla legge del 20 dicembre 2019, la camera disciplinare oltre ad essere competente nei procedimenti disciplinari contro i giudici ex art. 27 co. 1, è altresì competente, ai sensi dell'art. 27, c. 1, ad autorizzare l'avvio di procedimenti penali e misure cautelari contro i giudici e i procuratori. A titolo meramente esemplificativo è importante richiamare i procedimenti penali autorizzati dalla camera disciplinare della Corte Suprema nei confronti della giudice della corte distrettuale di Cracovia Beata Morawiec e del giudice Igor Tuleya. Sul punto v. A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, cit., pp. 19-21.



tipica dello Stato costituzionale di diritto<sup>55</sup> pare qui, infatti, essere violata tramite un deciso attacco all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura<sup>56</sup>, utile a creare le condizioni opportune per un esercizio arbitrario del potere legislativo e del potere esecutivo, entrambi espressione della volontà politica del partito PiS.

L'incedere di tale processo degenerativo qui brevemente ricostruito ha comportato, come già in parte anticipato, l'inevitabile intervento dell'Unione europea che, non potendo tollerare simili attacchi al potere giudiziario da parte di un suo Stato membro<sup>57</sup>, ha azionato sin dal 2015 una serie di strumenti, sia di carattere politico che giurisdizionale, atti a porre un argine al cammino involutivo dello Stato di diritto intrapreso dalla Polonia a guida PiS, sulla base della consapevolezza – come si vedrà – per la quale l'indipendenza del sistema giudiziario in ogni Stato membro, lungi dall'essere una questione puramente interna, andasse in realtà ad impattare intrinsecamente sull'identità europea stessa e sulla fiducia reciproca necessaria a edificare l'Unione come spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Oggetto del successivo paragrafo sarà dunque l'analisi degli strumenti predisposti dall'Unione europea in risposta alla crisi polacca, al fine di ricostruire i limiti procedurali e sostanziali che hanno reso l'azione europea non sufficientemente idonea ad evitare la frattura con le istituzioni polacche consumatasi con la sentenza K 3/21 da cui tale studio trae origine.

### 3. La complessa reazione dell'Unione europea tra percorsi politici e strumenti giurisdizionali.

Al fine di procedere ad una compiuta ricostruzione dell'azione europea avverso le riforme portate avanti dalle autorità polacche in merito al settore giustizia, risulta imprescindibile chiarire i passaggi che hanno portato l'Unione europea ad adottare una definizione univoca

<sup>55</sup> Cfr. , *ex plurimis*, G. Palombella, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il Rule of Law*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 61 ss.

<sup>56</sup> Sul legame tra l'indipendenza del sistema giudiziario e lo Stato di diritto con particolare riferimento alla Polonia v. K. Gajda-Roszczyńska e K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 12/2020, pp. 451-483.

<sup>57</sup> La Polonia è Paese membro dell'Unione Europea dal 1° maggio 2004. Il Trattato di adesione della Repubblica ceca, dell'Estonia, di Cipro, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Slovacchia è disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12003T/TXT&from=IT>.

del concetto di Stato di diritto, in quanto proprio a partire da tale definizione le istituzioni europee hanno potuto elaborare, mediante un duplice binario politico e giurisdizionale, pronte risposte alla crisi costituzionale alimentatasi negli ultimi anni in Polonia.

### 3.1. Stato di diritto: la difficile definizione di un valore.

A questo proposito, va innanzitutto notato come il concetto in esame, sebbene radicato nella tradizione giuridica occidentale nella sua dimensione sia formale, relativa al rispetto della separazione dei poteri, dell'indipendenza della magistratura e del principio di legalità, che sostanziale, relativa all'applicazione e all'attuazione di tali principi richiamati, abbia trovato, tuttavia, differenti declinazioni all'interno di ciascuna delle diverse realtà statuali europee, avendo queste ultime attribuitogli il ruolo di forma di organizzazione del potere<sup>58</sup>. La lettura storico-applicativa differente operata dagli Stati nazionali europei ha pertanto costituito, nonostante lo sforzo dialogico profuso dalle giurisdizioni costituzionali e internazionali, un sensibile ostacolo al raggiungimento di una completa convergenza definitoria in sede europea sulla nozione di Stato di diritto<sup>59</sup>. Non stupisce, in tal senso, la mancata previsione del concetto all'interno della versione originaria del Trattato istitutivo della Comunità europea, nonostante lo Stato di diritto fosse previsto come condizione

<sup>58</sup> Si pensi alla *Rule of law* in Inghilterra, all'*Etat de droit* o *Règne de la loi* in Francia, al *Rechtsstaat* in Germania. Sul concetto di Stato di diritto v., *ex plurimis*, R. Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004; P. Costa e D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; M. Sellers e T. Tomaszewski (a cura di), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht, Springer, 2010; L. Pegoraro e A. Rinella (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, CEDAM, 2013; M. Krygier, *Rule of Law*, in M. Rosenfeld e A. Sajo (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 233-249; M. Adams, A. Meuwese e E. Hirsch Ballin (a cura di), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. Criscuoli e M. Serio (a cura di), *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 10-13, p. 21 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 397-401.

<sup>59</sup> A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è regresso generalizzato dei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE online*, n. 4/2016, pp. 177-178. L. Pech prova a giungere a una definizione di sintesi indicando come «*the English rule of law, the German Rechtsstaat and the French Etat de droit are concepts which provide similar answers to similar question*». Possono considerarsi, infatti, «*meta-principles which provide the foundation for an independent and effective judiciary and essentially describe and justify the subjection of public power to formal and substantive legal constraints with a view to guaranteeing the primacy of the individual and its protection against the arbitrary or unlawful use of public power*». L. Pech, *The rule of law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper n. 4/2009, New York, NYU School of Law, pp. 43-44.

necessaria da rispettare per l'adesione degli Stati alle Comunità europee e venisse altresì menzionato dalla Corte di Giustizia come principio cardine anche a livello europeo. Un primo riferimento alla *rule of law* è stato previsto a Maastricht nel 1992 all'interno del Preambolo del TUE, mentre, con le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, lo Stato di diritto, da un lato, ha trovato collocazione tra i principi fondanti dell'Unione europea e comuni a tutti gli Stati membri previsti dall'allora art. 6, par. 1, TUE<sup>60</sup>, e dall'altro lato, è stato confermato, ai sensi dell'art. 49 TUE, come condizione necessaria per l'adesione di ogni Stato all'Unione. In entrambi i Trattati menzionati, tuttavia, non si è proceduto a fornire una definizione specifica di Stato di diritto e medesima scelta è stata presa in sede di redazione del Trattato di Lisbona del 2007 nel quale, pur operandosi una qualificazione del concetto in esame, insieme agli altri menzionati dall'attuale art. 2 TUE<sup>61</sup>, non più come *principio* bensì come *valore*, annoverandolo così tra gli elementi costituenti il fondamento valoriale imprescindibile dell'Unione, si è deciso di non scioglierne il nodo definitorio.

La soluzione a tale *impasse* è stata, a questo punto, fornita dalla Commissione europea che, nell'ambito della comunicazione inviata l'11 marzo 2014 al Consiglio e al Parlamento europeo dal titolo «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto»<sup>62</sup>, ha dedicato l'allegato n. 1 alla definizione del concetto di Stato di diritto, facendo peraltro ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>63</sup> nonché all'operato della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa<sup>64</sup>. La Commissione europea ha pertanto

<sup>60</sup> Gli altri principi fondanti ex art. 6, par. 1, TUE erano la libertà, la democrazia e il rispetto dei diritti della persona e delle libertà fondamentali.

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>62</sup> *New EU Framework to strengthen the Rule of Law rule* della Commissione europea (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014), COM (2014) 158 final, disponibile su [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1&format=PDF). Un'attenta analisi della comunicazione della Commissione del 2014 è fornita da M. Aranci, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018, p. 12 ss.

<sup>63</sup> La Corte di Giustizia aveva elencato gli elementi costitutivi dello Stato di diritto già nella sentenza *Les Verts* del 1986 (*Les Verts c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:1986:166): «*the principle of legality, legal certainty, prohibition of arbitrariness of the executive power, independent and effective judicial review, including respect for fundamental rights, equality before the law*».

<sup>64</sup> La Commissione di Venezia, nel *Report on the rule of law* n. 512/2009 del 4 aprile 2011 adottato alla 86° sessione plenaria (25-26 marzo 2011) aveva individuato sei principi per la definizione della *rule of law*: *Legality (including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; Legal certainty; Prohibition of arbitrariness; Access to justice before independent and impartial courts; Respect for human*

stabilito come il *valore* Stato di diritto si basa sul rispetto di sei elementi fondamentali<sup>65</sup>:

1) il pieno rispetto della legalità, secondo cui la legislazione vada prodotta nel rispetto dei principi di conformità alla Costituzione vigente, della trasparenza, della democrazia e del pluralismo<sup>66</sup>; 2) la certezza del diritto, tale per cui le norme debbano essere rispettose dei requisiti di chiarezza, prevedibilità e non modificabilità con forza retroattiva<sup>67</sup>; 3) il carattere non arbitrario, bensì limitato dalla legge, dell'esercizio del potere esecutivo<sup>68</sup>; 4) la garanzia di un controllo giurisdizionale effettivo e indipendente, tale per cui ogni persona, fisica o giuridica, possa trovare tutela dinanzi a un giudice<sup>69</sup>; 5) il rispetto del principio di separazione dei poteri, con relativo divieto per ciascun potere di interferire con un altro<sup>70</sup>; 6) l'uguaglianza dei singoli davanti alla legge, tale per cui situazioni analoghe debbano essere disciplinate allo stesso modo nel rispetto della normativa vigente<sup>71</sup>.

Il richiamo alla comunicazione del 2014 della Commissione europea risulta importante per il prosieguo di tale studio non solo per la definizione di Stato di diritto in essa contenuta, ma altresì – e soprattutto – per l'innovativa procedura che, a partire dalla definizione testé citata, la Commissione in tale comunicazione ha predisposto al fine di «contrastare le minacce future allo Stato di diritto negli Stati membri prima che si verifichino le condizioni per attivare i meccanismi previsti dall'art. 7 del TUE»<sup>72</sup>. È proprio a partire dall'attivazione di tale procedura – di cui a breve verrà illustrato il funzionamento – che ha preso avvio, infatti, il tentativo politico dell'Unione europea di risolvere la crisi costituzionale polacca.

---

*rights; Non-discrimination and equality before the law.* Il Report della Commissione di Venezia è disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

<sup>65</sup> M. Aranci, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, cit., pp. 18-20.

<sup>66</sup> Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, *Commissione c. CAS Succhi di frutta*, ECLI:EU:C:2004:236, pt. 63.

<sup>67</sup> Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1981, cause riunite 212-217/80, *Meridionale Industria Salumi e a.*, ECLI:EU:C:1981:270, pt. 10.

<sup>68</sup> Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:337, pt. 19.

<sup>69</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Shrems*, ECLI:EU:C:2015:650, pt. 95; sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, pt. 39.

<sup>70</sup> Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2000, causa C-174/98 e C-189/98 P, *Paesi Bassi e van der Wal c. Commissione*, ECLI:EU:C:2000:1, pt. 17 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>71</sup> Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, ECLI:EU:C:2010:512, pt. 54.

<sup>72</sup> COM (2014) 158 final, cit., p. 3.

### 3.2. La tutela dello Stato di diritto: la via politica.

151

Ritenendo le riforme in tema di giustizia costituzionale operate dalle autorità polacche idonee a costituire una minaccia dal carattere sistemico allo Stato di diritto, e cioè in grado di mettere a rischio «l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo costituzionale compresa, ove prevista, giustizia costituzionale – ad esempio in seguito all'adozione di nuove misure oppure di prassi diffuse delle autorità pubbliche e alla mancanza di mezzi di ricorso a livello nazionale»<sup>73</sup>, la Commissione europea ha infatti attivato la procedura nell'ambito del «nuovo quadro giuridico» che, informata fortemente del carattere dialogico sotto l'egida del principio di leale collaborazione, consta di tre fasi fondamentali:

- 1) *assessment* ed elaborazione di un parere motivato: la Commissione, qualora verifichi la sussistenza di una minaccia allo Stato di diritto, avvia un dialogo con le autorità nazionali mediante la trasmissione di un parere motivato nel quale espone le proprie preoccupazioni in attesa di risposte dallo Stato membro e, qualora tale prima interlocuzione non sia sufficiente, prosegue il dialogo tramite forme di corrispondenza o incontro diretto con le autorità nazionali dello Stato interessato dalla procedura;
- 2) invio formale di una o più raccomandazioni: qualora, a seguito del parere motivato, le iniziative messe in atto dalle autorità nazionali non vengano ritenute sufficienti dalla Commissione, quest'ultima, pur mantenendo aperto il dialogo con lo Stato membro sottoposto al controllo, procede all'invio di una o più raccomandazioni i cui contenuti, oltre ad essere pubblici, determinano effetti più incisivi data la maggiore attenzione nell'analisi delle criticità nonché la possibile indicazione di concrete misure da attuare per il superamento delle criticità stesse;
- 3) *follow-up* in merito ai risultati raggiunti: la Commissione procede alla verifica dei risultati raggiunti dallo Stato membro in relazione alle misure suggerite nelle raccomandazioni precedentemente intervenute, ponendo fine con esito positivo alla procedura qualora le azioni adottate dalle autorità nazionali risultino soddisfacenti, ovvero,

---

<sup>73</sup> Ivi, p. 7.

valutando la possibilità di attivare la procedura ex art. 7 par. 1 del TUE qualora le misure poste in essere dalle autorità nazionali non vengano ritenute sufficienti a scongiurare la presenza di rischi di violazione grave dello Stato di diritto<sup>74</sup>.

Seguendo attentamente l'iter procedurale previsto dalla comunicazione del 2014, il 23 dicembre 2015, la Commissione europea si è, dunque, rivolta al Governo polacco esprimendo alcune preoccupazioni, in particolare, in merito alle possibili conseguenze della legge del 22 dicembre 2015 sull'indipendenza e il corretto funzionamento del Tribunale costituzionale, invitando le autorità di Varsavia a collaborare con la Commissione di Venezia. Tuttavia, non ritenendo soddisfacente la risposta del Governo polacco, la Commissione ha incaricato il Vicepresidente della Commissione Timmermans ad avviare un dialogo con le istituzioni polacche al fine di chiarire i problemi correnti ed individuare possibili soluzioni. Non risultando fruttuosi nemmeno i successivi e continui contatti tra la Commissione e la Polonia<sup>75</sup>, peraltro intervallati il 13 aprile 2016 da una risoluzione del Parlamento europeo in cui si esortava il Governo locale a dare esecuzione alle decisioni del Tribunale costituzionale e a conformarsi ai rilievi mossi dalla Commissione di Venezia nel precedente parere dell'11 marzo 2016<sup>76</sup>, il 1° giugno 2016 la Commissione ha formalmente chiuso la prima fase della procedura mediante la trasmissione del parere motivato sullo Stato di diritto alle autorità polacche<sup>77</sup>.

Non ritenendo esaurienti, rispetto alle preoccupazioni sollevate, le risposte fornite dal Governo di Varsavia e, soprattutto, a seguito dell'approvazione da parte del *Sejm* della nuova legge del 22 luglio 2016 sul Tribunale costituzionale, la Commissione europea ha attivato la seconda fase della procedura mediante l'invio, il 27 luglio 2016, della raccomandazione (UE) 2016/1734 sulla composizione e il funzionamento del Tribunale costituzionale nella quale, in particolare, ha invitato la Polonia a pubblicare e, in tal modo,

<sup>74</sup> Ivi, pp. 8-9.

<sup>75</sup> Un resoconto dei contatti tra Commissione europea e autorità polacche, il cui contenuto è però confidenziale, è presente nella nota n. 16 della *Proposta motivata a norma dell'art. 7 par. 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia* del 20 dicembre 2017, COM (2017) 835 final, p. 5, disponibile su [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2017\)835&lang=it](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2017)835&lang=it).

<sup>76</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione in Polonia, n. 2015/3031 (RSP) del 13 aprile 2016, nello specifico punti 3-5. Il parere della Commissione di Venezia richiamato dalla Risoluzione del Parlamento europeo è il n. 833/2015 dell'11 marzo 2016 in cui, in particolare nel pt. 137, la Commissione valutava la riforma del 22 dicembre 2015 del Tribunale costituzionale polacco come un rischio non solo per l'efficienza del Tribunale costituzionale stesso, ma altresì, e conseguentemente, per lo Stato di diritto e il funzionamento dell'intero sistema democratico polacco. Il parere della Commissione di Venezia è disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e).

<sup>77</sup> Il parere non è pubblico.

rendere giuridicamente efficaci le pronunce del Tribunale Costituzionale del 3 e 9 dicembre 2015 e del 9 marzo 2016<sup>78</sup>. Una seconda raccomandazione è, poi, intervenuta il 21 dicembre 2016 in ragione delle criticità sorte in relazione alle evoluzioni normative riguardanti ancora il Tribunale costituzionale, con particolare riferimento, da un lato, alla procedura che ha permesso la nomina di Julia Przylebska a Presidente del Tribunale costituzionale, e dall'altro lato, all'eccessivo attivismo legislativo dimostrato in materia dalle autorità polacche, con conseguente lesione della stabilità, dell'integrità e del corretto funzionamento del Tribunale costituzionale stesso<sup>79</sup>. Dinanzi, poi, all'annuncio da parte del Governo polacco di procedere all'approvazione dei progetti di legge riguardanti il Consiglio nazionale della Magistratura, la Corte Suprema e i tribunali ordinari, la Commissione europea ha inviato una terza raccomandazione con l'intento di scongiurare l'entrata in vigore di tali riforme che avrebbero minato l'indipendenza del potere giudiziario in Polonia nel suo complesso<sup>80</sup>. Tuttavia, constatate, in una quarta raccomandazione del 20 dicembre 2017<sup>81</sup>, il mancato recepimento delle sollecitazioni precedenti e la conseguente approvazione delle novelle legislative sul sistema giudiziario, la Commissione europea, a conclusione della terza fase della procedura prevista dalla comunicazione del 2014, ha deciso, nella medesima data e a quasi due anni dall'inizio del dialogo con le autorità polacche, di attivare il meccanismo previsto ex art. 7, par. 1, TUE ritenendo sussistente un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto in Polonia.

Non essendo questa la sede per approfondire le criticità che la procedura prevista nell'ambito del «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» solleva soprattutto in termini di legittimità e opportunità<sup>82</sup>, quanto più interessa è qui evidenziare come tale

<sup>78</sup> Raccomandazione (UE) 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia.

<sup>79</sup> Raccomandazione (UE) 2017/146 della Commissione del 21 dicembre 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alla raccomandazione (UE) 2016/1374.

<sup>80</sup> Raccomandazione (UE) 2017/1520 del 26 luglio 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374 e (UE) 2017/146. In tale raccomandazione, in particolare, la Commissione rinnovava le proprie preoccupazioni in merito, da un lato, all'assenza di un controllo costituzionale indipendente e, dall'altro, su un attivismo legislativo in tema di Consiglio nazionale della Magistratura, Corte Suprema e tribunali ordinari tale da realizzare la totale ristrutturazione del sistema giudiziario della Polonia, con evidenti rischi di lederne l'indipendenza.

<sup>81</sup> Raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione del 20 dicembre 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520.

<sup>82</sup> Brevemente, basti qui ricordare che, sebbene lo strumento previsto dal nuovo quadro sia stato accolto favorevolmente da autorevole dottrina (A. Von Bogdandy, C. Antpöhler e M. Ioannidis, *Protecting EU values*, in A. Jakab e D. Kochenov (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member*



strumento si sia rivelato, alla luce della condotta seguita dalle autorità polacche nonostante le richieste di collaborazione e le raccomandazioni provenienti dalla Commissione europea, non particolarmente idoneo a fronteggiare la crisi costituzionale polacca. Il carattere dialogico e non vincolante<sup>83</sup> degli strumenti previsti da tale procedura ha lasciato, infatti, ampio margine di azione alle autorità polacche che, assumendo un atteggiamento di evidente chiusura nei confronti delle obiezioni sollevate dall'istituzione di Palazzo Berlaymont, non hanno incontrato alcun ostacolo nel rivendicare l'appartenenza delle proprie scelte riformatrici all'ambito del c.d. dominio riservato<sup>84</sup>.

A fronte dei deludenti risultati raggiunti dalla procedura prevista dalla comunicazione del

---

*States' Compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 218-233; D. Kochenov e L. Pech, *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, in *Question d'Europe*, n. 356, 11 maggio 2015, p. 7 ss.; L. F. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Research Paper n. 2016-01, p. 26 ss.; C. Curti Gialdino, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016, p. 15 ss.) sul piano della legittimità dubbi sono stati sollevati in merito alla sussistenza di una competenza da parte della Commissione ad intervenire rispetto a situazioni potenzialmente di carattere interno agli Stati membri. Lo stesso Consiglio, subito dopo l'adozione della comunicazione del 2014, ha domandato un parere al proprio Servizio giuridico che, con il parere 10296/14 del 27 maggio 2014, ricordando come l'Unione basasse la propria azione sul principio di attribuzione e, dunque, esercitando solo le competenze attribuitele dagli Stati nel rispetto dei Trattati, ha osservato come solo l'art. 7 costituisca una base legale per verificare il rispetto dello Stato di diritto. Pertanto, il Servizio giuridico del Consiglio si è espresso affermando l'incompatibilità della procedura prevista dal «nuovo quadro» con il principio di attribuzione. Inoltre, riguardo al monitoraggio, si è sottolineata l'assenza di controlli regolari per aree tematiche per ogni Stato membro nonché la mancanza di criteri oggettivi per l'accertamento delle disfunzioni sistemiche, ritenendosi così eccessivamente discrezionale il potere attribuito alla Commissione nell'adozione della c.d. *rule of law recommendation*. Da ultimo, l'utilizzo del «nuovo quadro» nei confronti della Polonia e non nei confronti dell'Ungheria, che aveva già manifestato segnali di crisi della *rule of law*, è stato considerato una violazione del principio di uguaglianza degli Stati membri rispetto ai Trattati ex art. 4 par. 2 TUE. Sul piano dell'opportunità, invece, è stato sostenuto come l'utilizzo della procedura prevista dal «nuovo quadro» abbia implicitamente suggerito l'idea della mancanza degli estremi per procedere a una dichiarazione di un «evidente rischio di violazione grave» in quanto, in un contesto in cui il Governo polacco non mostrava alcun intento di collaborare, il ricorso a una semplice procedura dialogica non ha fatto altro che rallentare un intervento effettivamente correttivo come l'attivazione dell'art. 7 TUE. Per un commento critico alla procedura prevista dalla comunicazione della Commissione europea del 2014 v. D. Kochenov e L. Pech, *Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n. 5/2016, pp. 1062-1074; P. Bárd, *Scrutiny over the Rule of Law in the European Union*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. 36, 2017, pp. 187-207; D. Kochenov e L. Pech, *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, cit., p. 9; D. Kochenov, *The Commission vs Poland: The Sovereign State Is Winning 1-0*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/the-commission-vs-poland-the-sovereign-state-is-winning-1-0/>.

<sup>83</sup> Obiettivo, infatti, della procedura prevista dalla comunicazione del 2014 è quella di giungere a una composizione bonaria tra le parti, che veda lo Stato membro partecipare come co-autore alla risoluzione delle problematiche sorte. Così P. Mori, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 207.

<sup>84</sup> A. Festa, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1/2020, p. 153.

2014, la Commissione europea, come già detto, è ricorsa all'unico strumento politico previsto esplicitamente dal Trattato sull'Unione europea per reprimere le violazioni dei valori comuni posti a fondamento dell'Unione: l'attivazione del meccanismo di sorveglianza ex art. 7 TUE. Originariamente previsto nel Trattato di Amsterdam con il fine di attribuire all'Unione europea un mezzo per sanzionare lo Stato membro che in modo grave e persistente avesse violato i principi previsti dall'allora art. 6, par. 1, TUE, a seguito del Trattato di Nizza del 2001, con cui è stata introdotta una procedura preventiva attivabile sulla base dell'esistenza di un «evidente rischio di violazione grave» di uno o più principi fondanti dell'Unione, il meccanismo attualmente previsto dall'art. 7 del Trattato di Lisbona, ereditando i due percorsi previsti dai due Trattati richiamati con la sola modifica del parametro di riferimento non più rappresentato dai principi posti dall'originario art. 6, par. 1, TUE ma dal nucleo dei valori fondanti dell'Unione ex art. 2 TUE, si articola in due differenti procedure. In particolare, il paragrafo 1 prevede in via preventiva che, su impulso di un terzo degli Stati membri, della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, con esclusione dello Stato in questione e previo parere conforme del Parlamento, possa accertare l'«evidente rischio di violazione grave» dei valori previsti ex art. 2 TUE ed inviare, con la medesima procedura, raccomandazioni allo Stato interessato. Accanto a tale procedura di *early warning*, il paragrafo 2 dell'art. 7 prevede invece che, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione, il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, possa accertare, previa approvazione del Parlamento europeo e dopo aver invitato lo Stato interessato a presentare osservazioni, la sussistenza di una «violazione grave e persistente» dei valori fondanti dell'Unione. In tal caso lo Stato membro, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 7 del TUE potrebbe subire, per delibera del Consiglio votata a maggioranza qualificata, la sospensione di alcuni diritti ad esso derivanti dall'applicazione dei Trattati, compreso il diritto di voto in seno al Consiglio. Dovendosi escludere la possibilità per il Consiglio di sancire la sospensione della condizione di Stato membro dell'Unione ovvero la sua espulsione o ancora l'imposizione del recesso, lo Stato sottoposto a tale procedura continuerebbe così ad essere vincolato dagli obblighi del diritto primario, senza però poter prendere parte ai processi decisionali<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Per un commento all'art. 7 TUE v., *ex plurimis*, M.C. Baruffi, *Art. 7 TUE*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2014, pp. 26-30; A. Morini,

Seguendo il dettato dell'art. 7, par. 1, TUE la Commissione europea ha, dunque, sottoposto al Consiglio la proposta motivata di avvio della procedura atta ad accertare l'esistenza di un evidente rischio di una grave violazione dello Stato di diritto, quale valore sancito dall'art. 2 TUE. In tale proposta la Commissione ha individuato quattro profili lesivi dello Stato di diritto in Polonia:

- 1) l'impossibilità del configurarsi di un effettivo e reale controllo di costituzionalità sulla legislazione polacca, vista la compiuta nomina di giudici costituzionali in violazione delle regole previste dalla Costituzione e delle sentenze dello stesso Tribunale costituzionale nonché l'occupazione degli uffici di Presidente e Vicepresidente da parte di soggetti nominati illegittimamente;
- 2) lo stravolgimento della composizione della Corte Suprema mediante l'abbassamento dell'età pensionabile e la conseguente nomina discrezionale da parte del Presidente della Repubblica di nuovi magistrati, nonché l'attribuzione alla Corte Suprema stessa della competenza a conoscere degli appelli straordinari proponibili avverso decisioni già passate in giudicato;
- 3) l'imponente modifica della composizione dei tribunali ordinari mediante l'abbassamento dell'età pensionabile, nonché l'attribuzione al Ministro della Giustizia di un pressoché arbitrario potere di nomina dei presidenti delle corti comuni;
- 4) la forte influenza del potere politico e, in particolare, del *Sejm* nella determinazione dei nuovi componenti del Consiglio nazionale della Magistratura.

Evidenziando come tutti questi elementi avessero determinato in Polonia la lesione dell'indipendenza della magistratura, della genuinità del controllo di costituzionalità delle leggi e, da ultimo, del principio di certezza del diritto, la Commissione, trovando anche la piena approvazione da parte del Parlamento europeo, ha dunque invitato il Consiglio a

---

Art. 7 TUE, in C. Curti Gialdino (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 129 ss.; D. Kochenov, *Article 7: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. 38, 2018, pp. 165-187; W. Sadurski, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, n. 3/2010, pp. 385-426; B. Nascimbene, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 672-683; L. F. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, cit.; G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, Firenze, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2017; H. Schmitt von Sydow, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'Etat de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 2/2001, pp. 285-328.

pronunciarsi sulla questione in oggetto al fine di tutelare uno dei valori fondanti contenuti nell'art. 2 TUE<sup>86</sup>.

Anche questa volta, tuttavia, sono emersi tutti i limiti della natura essenzialmente politica del meccanismo attivato che, al momento in cui si scrive, risulta ancora arenato dinanzi al Consiglio. L'estrema farraginosità della procedura e, soprattutto, l'elevato *quorum* di quattro quinti richiesto per giungere all'accertamento, da parte del Consiglio stesso, del rischio di violazione grave dei valori previsti ex art. 2 TUE ha permesso alle autorità polacche di proseguire anche dopo il 2017, come si è visto, nell'erosione dell'indipendenza della magistratura, in forza, da un lato, dell'impossibilità per le istituzioni europee di reagire all'inerzia del Consiglio attraverso il ricorso in carenza ex art. 265 TFUE, non essendo le procedure descritte all'art. 7 TUE oggetto di un obbligo giuridico, e dall'altro lato, del sostegno garantito in seno al Consiglio dal c.d. Gruppo di Visegrád e, nello specifico, dall'Ungheria, anch'essa peraltro soggetta a medesima procedura per iniziativa del Parlamento europeo a partire dal 12 settembre 2018<sup>87</sup>.

### 3.3. (Segue): La tutela dello Stato di diritto: la via giurisdizionale.

Dinanzi alla scarsa efficacia della procedura contemplata nel «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» e alla difficile percorribilità del meccanismo di sorveglianza previsto dall'art. 7 TUE<sup>88</sup>, l'Unione europea, in alternativa a questi due percorsi politici rivelatisi fallimentari, ha provato a frenare l'avanzare delle preoccupanti riforme giudiziarie polacche mediante la via giurisprudenziale, affidandosi in particolare agli strumenti nella disponibilità della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

<sup>86</sup> Commissione europea, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia, Bruxelles, 20 dicembre 2017, COM (2017) 835 final.

<sup>87</sup> Per una comparazione tra Polonia e Ungheria v., *ex plurimis*, M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, cit., pp. 167-216; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2018, pp. 295-311. Sulle riforme adottate in Ungheria e il loro impatto sullo Stato di diritto v. G. Di Federico, *The Protection and Promotion of the Rule of Law in the European Union: State of the Art, Criticalities and Future Perspectives*, in *The Turkish Yearbook of International Relations*, vol. 46, 2015, p. 9 ss.

<sup>88</sup> Sull'inefficacia della procedura ex art. 7 TUE cfr. C. Blumann, *Le mécanisme des sanctions de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne: Pourquoi tant d'inefficacité?*, in AA. VV., *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, Parigi, LexisNexis SA, 2018, pp. 71-80; G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, cit., p. 3 ss.

Adottando un approccio cronologico nella ricostruzione dell'azione della CGUE in relazione alle minacce per lo Stato di diritto perpetratesi in Polonia<sup>89</sup>, è importante innanzitutto richiamare il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea il 2 ottobre 2018, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in merito alla compatibilità di alcune disposizioni della legge sulla Corte Suprema polacca dell'8 dicembre 2017 (entrata in vigore il 3 aprile 2018) con quanto affermato dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In tale ricorso la Commissione ha dedotto come le disposizioni polacche di abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema nominati prima del 3 aprile 2018 fossero in contrasto con il principio di inamovibilità dei magistrati e che, inoltre, le disposizioni attributive del potere discrezionale di proroga del servizio in capo al Presidente della Repubblica nei confronti dei giudici della Corte Suprema, che avessero raggiunto il limite più basso di età per il pensionamento, violassero il principio di indipendenza del potere giudiziario. In tale causa (C-619/18) la Commissione ha chiesto e ottenuto l'adozione di provvedimenti urgenti dalla CGUE prima in via provvisoria, con ordinanza del 19 ottobre 2018<sup>90</sup> della Vicepresidente della Corte, e poi con ordinanza della Corte (Grande Sezione) del 17 dicembre 2018 (causa C-619/18 R)<sup>91</sup> fino alla sentenza definitiva. Nel procedimento cautelare la Corte, infatti, ha osservato come, sebbene non fosse competenza del giudice dell'urgenza – in quanto molto complesso e pertanto meritevole di un'analisi approfondita – valutare l'esatta portata dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali in relazione all'esercizio da parte di uno Stato membro del potere di organizzazione del proprio sistema giudiziario, la questione non fosse *prima facie* priva di serio fondamento e dunque potesse considerarsi soddisfatto il requisito del *fumus boni iuris*. Inoltre, la Corte ha evidenziato la circostanza per la quale, potendo la Corte Suprema polacca essere chiamata a pronunciarsi su questioni legate all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'Unione in quanto «giurisdizione» pienamente rientrante nel sistema polacco di rimedi giurisdizionali nei «settori disciplinati dal diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, ed essendo dunque compresa nel campo di applicazione dei requisiti della «tutela giurisdizionale effettiva» prevista sempre da tale

<sup>89</sup> C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Poxexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., pp. x-xviii.

<sup>90</sup> EU:C:2018:852.

<sup>91</sup> ECLI:EU:C:2018:1021.

comma dell'art 19, par. 1, TUE, il mancato accoglimento da parte della CGUE dei provvedimenti provvisori richiesti dalla Commissione europea avverso l'applicazione delle disposizioni nazionali polacche contestate avrebbe potuto produrre, fino all'incorrere della sentenza definitiva, un danno grave e irreparabile all'ordinamento giuridico dell'Unione, potendosi così dirsi soddisfatto anche l'altro requisito del *periculum in mora*<sup>92</sup>, necessario all'adozione del provvedimento cautelare insieme, da ultimo, al bilanciamento degli interessi in gioco. Nella sentenza di merito<sup>93</sup>, intervenuta il 24 giugno 2019, la CGUE, dichiarando ricevibili le sole censure basate sull'art. 19 TUE<sup>94</sup>, ha concluso come, abbassando l'età per il pensionamento dei giudici della Corte Suprema e attribuendo al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di proroga della funzione giudiziaria per taluni giudici della Corte Suprema, la Polonia avesse violato i principi di inamovibilità e, dunque, di indipendenza dei giudici, venendo così meno agli obblighi derivanti dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. Alla medesima conclusione la Corte di Lussemburgo è giunta nella successiva sentenza del 5 novembre 2019<sup>95</sup> nella causa C-192/18 relativa all'abbassamento dell'età pensionabile per i giudici dei tribunali ordinari.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte in entrambe le pronunce richiamate si è basato sulla lettura del principio di inamovibilità dei giudici come garanzia della loro indipendenza, nonché sull'affermazione di un intrinseco legame tra l'indipendenza degli organi giurisdizionali e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione sancito nell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. Infatti, costituendo l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, nella ricostruzione della Corte, la concretizzazione del valore Stato di diritto previsto all'art. 2 TUE, la circostanza – richiamata dalla Polonia – per la quale formalmente l'organizzazione del sistema giudiziario rientrasse nell'esclusiva competenza

<sup>92</sup> Qui inteso come il rischio del prodursi di un danno grave e irreparabile agli interessi dell'Unione.

<sup>93</sup> ECLI:EU:C:2019:531.

<sup>94</sup> Sebbene la Commissione europea avesse chiesto di valutare le misure polacche in relazione al combinato disposto degli artt. 19, par. 1, c. 2, TUE e 47 Carta dei diritti fondamentali, l'Avvocato generale, aderendo a quanto affermato dalla Polonia e peraltro confermato altresì dalla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (sentenza del 27 Febbraio 2018, C-64/16, EU:C:2018:117, punti 1, 18, 27 e dispositivo), procedette a un'analisi separata. In effetti, il ricorso della Commissione riguardava un'asserita violazione dello Stato di diritto, valore fondamentale dell'Unione concretizzato nell'art. 19 TUE. Pertanto, la Commissione poteva istituire tale procedimento nei confronti di uno Stato membro ex art. 258 TFUE anche quando tale Stato membro non stesse attuando il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 par.1 della Carta. Diversamente, le censure della Commissione basate sull'art. 47 della Carta furono considerate irricevibili poiché la Commissione non aveva indicato neppure sommariamente gli elementi di diritto e di fatto sui quali esse si fondavano. Cfr. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xiv.

<sup>95</sup> ECLI:EU:C:2019:924.



dello Stato membro non escludeva che, nell'esercizio di tale competenza, ogni Stato membro fosse tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, con la conseguente previsione di un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti atto a garantire un controllo giurisdizionale effettivo nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione stesso. La Corte ha sostenuto come l'indipendenza degli organi giurisdizionali, connessa implicitamente alla funzione giudicante in sé, rappresentasse, in tal senso, un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nonché del diritto fondamentale a un equo processo, costituendo in questo modo la garanzia, per un verso, della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e, per l'altro verso, della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE tra cui, come detto, lo Stato di diritto<sup>96</sup>. Un ulteriore terreno nel quale la CGUE si è resa protagonista, a fronte delle riforme del sistema giustizia in Polonia, della difesa dell'indipendenza degli organi giurisdizionali è stato quello dei rinvii pregiudiziali. È qui importante rammentare, in particolare, la già citata sentenza resa in data 19 novembre 2019, nelle cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, con cui la CGUE ha risposto alle questioni pregiudiziali sollevate dalla camera del lavoro della Corte Suprema polacca in merito alla valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità della nuova camera disciplinare della Corte Suprema e del Consiglio nazionale della Magistratura. In tale pronuncia la CGUE, pur non dichiarando formalmente incompatibile la normativa polacca con l'interpretazione che la Corte stessa ha adottato dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha, tuttavia, effettuato una ricognizione dei requisiti di indipendenza e imparzialità dei giudici, invitando il giudice di rinvio ad effettuare il già citato *Independence Test* al fine di valutare se le condizioni oggettive nelle quali era stato creato l'organo giudicante, le caratteristiche del medesimo e il modo in cui i suoi membri erano stati nominati fossero idonei a generare dubbi legittimi nei singoli, da un lato, in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a influenze dirette o indirette del potere legislativo ed esecutivo, e dall'altro lato, in merito alla neutralità rispetto agli interessi contrapposti, stabilendo, in caso di esito affermativo, che il principio del primato del diritto UE dovesse essere interpretato dal giudice del rinvio disapplicando la

<sup>96</sup> Si vedano, in particolare, i punti da 42 a 59 della sentenza del 24 giugno 2019 (ECLI:EU:C:2019:531), nonché i punti da 98 a 107 della sentenza del 5 novembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:924) e la giurisprudenza ivi richiamata.



disposizione di diritto nazionale conferente a detto organo giudicante la competenza a conoscere delle controversie di cui ai procedimenti principali<sup>97</sup>. Come già ricordato, tale sentenza della CGUE, esprimendo gravi dubbi sulle condizioni legislative del momento della magistratura giudicante in Polonia, ha dato luogo alla sentenza del 5 dicembre 2019 della camera del lavoro della Corte Suprema, a sua volta generatrice della grave spaccatura nel sistema giudiziario polacco tra giudici dissidenti e giudici filogovernativi risolta, poi, drasticamente dalla già citata legge *bavaglio* entrata in vigore il 14 febbraio 2020.

Nel percorso di avvicinamento all'analisi della sentenza 3 K/21 del Tribunale costituzionale da cui tale studio trae origine pare utile, da ultimo, compiere un breve cenno a due ulteriori episodi del confronto giudiziario dinanzi alla CGUE tra l'Unione europea e la Polonia sempre in tema di Stato di diritto: la causa C-204/21 e la causa C-791/19.

Nella causa C-204/21 il Governo polacco, il 16 agosto 2021, ha chiesto alla CGUE di revocare l'ordinanza cautelare del 14 luglio 2021 della vicepresidente della CGUE – con la quale si intimava la sospensione dell'attività della camera disciplinare della Corte Suprema polacca in particolare in materia di responsabilità disciplinare dei giudici e autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti dei giudici stessi – in virtù dell'occorsa sentenza del Tribunale costituzionale del 14 luglio 2021, alla luce della quale il detto provvedimento cautelare pareva illegittimo poiché adottato *ultra vires*<sup>98</sup>. Nel rigettare tale richiesta, insieme a quella di rimettere la cognizione della causa alla Grande sezione, la Vicepresidente della CGUE ha rammentato, con ordinanza del 6 ottobre 2021<sup>99</sup>, per contro, la giurisprudenza secondo cui la circostanza per la quale uno Stato membro invocasse disposizioni di diritto nazionale, anche se di rango costituzionale, non potesse in alcun modo pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione<sup>100</sup>. Nella sentenza della

<sup>97</sup> Si veda in particolare il pt. 171 della sentenza del 19 novembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:982).

<sup>98</sup> Il Tribunale costituzionale polacco nel caso P 7/20 del 14 luglio 2021 aveva affermato come l'ordinanza con la quale la CGUE aveva richiesto l'immediata sospensione della legge che istituiva un nuovo regime disciplinare per i giudici (Corte just. ord. 8 aprile 2020, C-791/19 R, Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges), spec. punto 78) fosse *ultra vires* e non potesse dunque trovare applicazione nell'ordinamento interno. Più nello specifico, il combinato disposto degli artt. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, nella misura in cui imponeva la sospensione cautelare della normativa nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, per i giudici polacchi risultava incompatibile con le conferenti norme della Costituzione che regolano l'adattamento del diritto polacco al diritto dell'Unione. Sul punto cfr. A. Circolo, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, *aisdue.ue*, 15 luglio 2021.

<sup>99</sup> Ordinanza del 6 ottobre 2021 della Vicepresidente della CGUE (ECLI:EU:C:2021:834).

<sup>100</sup> L'ordinanza richiama la sentenza del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» e al.*, causa C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19 (EU:C:2021:393), pt. 245 e giurisprudenza ivi citata.

Grande Sezione del 15 luglio 2021 nella causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, la CGUE ha, invece, statuito, da un lato, come la camera disciplinare della Corte Suprema non fosse né indipendente e né imparziale, e che di conseguenza fosse compromessa l'intera normativa disciplinare sui giudici insieme alle decisioni adottate nei procedimenti disciplinari a carico dei giudici stessi, e dall'altro lato, come le misure polacche suscettibili di impedire o anche limitare la facoltà o l'obbligo di effettuare rinvii pregiudiziali, perno fondamentale del sistema giurisdizionale dell'Unione, costituissero una chiara violazione dell'art. 267 TFUE, posto a fondamento di tale meccanismo<sup>101</sup>.

Il brevissimo richiamo a tali due controversie si deve non tanto ad un intento cronistorico, quanto più a un esercizio ermeneutico di carattere suggestivo. I casi esposti contengono, infatti, due elementi fondamentali che possono simbolicamente considerarsi legati a doppio filo con la sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo: il rinvio pregiudiziale, da un lato, e il sindacato *ultra vires*, dall'altro. È nei prodromi della sentenza K 3/21, la cui controversia nasce in reazione a un rinvio pregiudiziale, nonché nel dispositivo della stessa, contenente una dichiarazione di sindacato *ultra vires*, che è rinvenibile in modo emblematico, infatti, la netta chiusura – che qui si è provato brevemente a ricostruire – della Polonia al dialogo sia politico che giurisdizionale con l'Unione europea e il conseguente consumarsi, come si vedrà, di due crisi fra loro strettamente correlate.

#### 4. La pronuncia del Tribunale costituzionale polacco: il ritratto di due crisi?

Pur desumendosi, in base a quanto sinora detto, come la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 si collochi all'interno dell'acceso confronto tra le istituzioni europee e quelle polacche sul rispetto dello Stato di diritto, per comprendere utilmente la portata di quello che può indubitabilmente considerarsi l'apice della guerra giudiziaria tra Bruxelles e Varsavia, non si può prescindere dal richiamo all'episodio da cui tale sentenza ha tratto origine.

---

<sup>101</sup> Sentenza del 15 luglio 2021 (ECLI:EU:C:2021:596). Sulla violazione dell'art. 267 TFUE si vedano in particolare i punti 222, 228, 230 della sentenza.

#### 4.1. I problemi della sentenza.

Il *casus belli*, come poc'anzi accennato, è scaturito da una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Grande Sezione della CGUE il 2 marzo 2021 su rinvio del *Naczelny Sąd Administracyjny*<sup>102</sup> nella causa C-824/18<sup>103</sup>. Il rinvio pregiudiziale si inseriva all'interno di procedimenti giurisdizionali che avevano visto alcuni candidati alle funzioni giudiziarie impugnare dinanzi alla Corte suprema amministrativa le delibere con cui il Consiglio nazionale della Magistratura aveva deciso di non proporre al Presidente della Repubblica la loro nomina come giudici delle camere civili e/o penali della Corte Suprema, sottoponendo di contro al Capo dello Stato altre candidature. Venendo la disciplina di tali ricorsi affidata, al momento dell'impugnazione, alla legge sul Consiglio nazionale della Magistratura, la Corte suprema amministrativa, dubitando della compatibilità dello strumento di impugnazione previsto dall'art. 44, par. 1, della legge citata<sup>104</sup> con il valore Stato di diritto e con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 4, par. 3, c. 3, TUE nonché dell'art. 19, par. 1, TUE, dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 267, c. 3, TFUE, aveva infatti rinviato la questione, il 21 novembre 2018, alla Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 267, c. 2, TFUE. Nelle more del procedimento dinanzi alla CGUE, il Tribunale costituzionale polacco era poi intervenuto, il 25 marzo 2019, con una sentenza con la quale dichiarava, da un lato,

<sup>102</sup> Corte suprema amministrativa polacca.

<sup>103</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021 (ECLI:EU:C:2021:153).

<sup>104</sup> Il regime di impugnazione previsto dalla legge sul Consiglio nazionale della Magistratura prevedeva che una sua delibera, qualora non impugnata da tutti i partecipanti alla procedura, sarebbe diventata definitiva nella parte comprendente la decisione di presentare la proposta di nomina di un giudice alla Corte Suprema, così come nella parte contenente la decisione di non presentare la proposta di nomina, nei confronti dei partecipanti alla procedura che non avessero proposto ricorso. L'eventuale annullamento della decisione di non proporre la candidatura sarebbe equivalso all'ammissione *ex se* del candidato, sempreché alla data della decisione la procedura non si fosse conclusa con l'indicazione di altri giudici, che non avevano proposto ricorso. Inoltre, il sindacato giurisdizionale in caso di impugnazione da parte del candidato non nominato non avrebbe potuto condurre il giudice nazionale a una nuova valutazione della situazione ai fini dell'eventuale attribuzione del posto in questione. Ancora, i ricorsi giurisdizionali riguardanti le delibere del Consiglio nazionale della Magistratura che proponevano nomine a posti di giudice diversi da quello di giudice alla Corte Suprema erano rimaste invariate, pertanto, non prevedendo le medesime restrizioni introdotte riguardo tale supremo organo giurisdizionale, i candidati alla nomina a un posto di giudice in un organo giurisdizionale diverso dalla Corte Suprema avrebbero quindi avuto un accesso differenziato al controllo giurisdizionale sulle delibere della Consiglio nazionale della Magistratura con le quali si escludeva la loro nomina. Sul punto cfr. A. Favi, *Sull'obbligo di disapplicare, ex art. 19, par. 1, TUE, le modifiche legislative idonee a suscitare nei singoli dubbi di natura sistemica sull'indipendenza e l'imparzialità dei giudici*, in *Osservatorio sulle fonti – Fonti dell'Unione europea e internazionali*, n. 2/2021; S. Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 1/2021, p. 165.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, par. 1-*bis*, della legge citata, poiché attribuite la cognizione di tali ricorsi a un organo giurisdizionale – la Corte suprema amministrativa – non ritenuto idoneo all'esercizio di tale competenza sia per la natura delle controversie che per le sue caratteristiche, e, dall'altro lato, l'estinzione dei procedimenti ancora in corso basati su tale normativa. Alla luce di tale pronuncia del Tribunale costituzionale, era intervenuta la novella legislativa del 26 aprile 2019 con la quale si disponeva l'attribuzione dei futuri procedimenti in materia alla cognizione della Corte Suprema, rimanendo tuttavia esclusa la possibilità di proporre ricorso nelle controversie individuali aventi ad oggetto la nomina presso la Corte Suprema stessa. Nella modificata normativa si prevedeva, inoltre, l'estinzione di tutti i ricorsi sulla nomina alla carica di giudice presso la Corte suprema che ancora risultavano pendenti alla data di entrata in vigore del detto intervento legislativo, reprimendo così la possibilità di attendere e dare corso alla futura pronuncia della CGUE adita, come detto, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Alla luce di tali interventi dell'organo di giustizia costituzionale e del legislatore polacchi, la Corte suprema amministrativa aveva dunque integrato la propria domanda di pronuncia pregiudiziale sollevando la questione sulla compatibilità col diritto dell'Unione – con particolare riferimento al combinato disposto degli articoli 2, 4, par. 3, e 19, par. 1, TUE nonché all'art. 47, Carta dei diritti fondamentali e all'art. 267 TFUE – di una normativa che aveva rimosso dall'ordinamento la competenza della Corte stessa a risolvere le impugnazioni nei confronti delle delibere del Consiglio nazionale della Magistratura e, contemporaneamente, aveva disposto l'estinzione *ope legis* dei procedimenti non ancora conclusi, con l'effetto, da un lato, di impedire un controllo giurisdizionale delle decisioni dell'istituzione di autogoverno della magistratura e, dall'altro lato, di privare tale organo giurisdizionale della possibilità di adire effettivamente la CGUE mediante un rinvio pregiudiziale.

Alla luce di tale domanda pregiudiziale, pur considerando in linea di principio legittima la scelta di uno Stato membro, da un lato, di apportare modifiche interne riguardanti l'organizzazione e la ripartizione della funzione giurisdizionale anche qualora da ciò potesse derivare la cessazione della competenza dell'organo giurisdizionale che aveva provveduto a sollevare un rinvio pregiudiziale dinanzi ai giudici di Lussemburgo e, dall'altro lato, di introdurre delle modifiche a disposizioni di ordine sostanziale dalle quali potesse discendere la cessazione della materia del contendere ad oggetto del giudizio

principale, la CGUE, nella sentenza del 2 marzo 2021, lasciando la decisione finale in merito alla compatibilità delle disposizioni normative polacche con il diritto dell'Unione al giudice del rinvio<sup>105</sup>, ha chiarito come gli artt. 267 TFUE e 4, par. 3, c. 3, TUE dovessero essere interpretati come incompatibili rispetto a modifiche legislative aventi l'effetto specifico, da un lato, di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla CGUE – impedendo così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande – nonché, dall'altro lato, di escludere qualsiasi possibilità per un giudice nazionale di ripresentare in futuro domande analoghe. In relazione invece all'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, la Corte, dopo averne rammentato il particolare ambito di applicazione relativo alla tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuassero tale diritto, ha sostenuto come tale articolo dovesse essere interpretato come incompatibile con le modifiche legislative in esame qualora queste ultime facessero sorgere dubbi in merito all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici nominati dal Presidente della Repubblica polacco sulla base delle decisioni del Consiglio nazionale della Magistratura.

La CGUE ha pertanto concluso come, in caso di accertata violazione di detti articoli, il principio del primato del diritto dell'Unione dovesse essere interpretato in modo tale da imporre alla Corte suprema amministrativa, per un verso, la disapplicazione della normativa nazionale in contrasto, non rilevando la natura legislativa o costituzionale della stessa, e, per l'altro, la conseguente prosecuzione dell'esercizio della funzione giurisdizionale nelle controversie di cui era stata investita prima delle modifiche legislative intervenute<sup>106</sup>.

Il rinvio pregiudiziale in parola, e la sentenza da esso originata, hanno rappresentato per le

<sup>105</sup> Nell'affidare la decisione ultima al giudice del rinvio, la CGUE ha tuttavia rammentato come in tale scelta il giudice stesso potesse tenere in considerazione 1) le diverse iniziative delle autorità polacche tese a limitare la proposizione di domande pregiudiziali riguardanti l'indipendenza dei giudici ovvero a mettere nuovamente in discussione le decisioni emanate da coloro i quali avevano proceduto a tali rinvii; 2) la pendenza dinanzi al Tribunale costituzionale di un ricorso (K 7/18) presentato in data 5 ottobre 2018 dal Ministro della Giustizia volto a far accertare la non conformità alla Costituzione polacca dell'art. 267 TFUE nella parte in cui tale disposizione consente ai giudici polacchi di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali riguardanti la struttura e l'organizzazione del potere giudiziario e lo svolgimento dei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali; 3) la scelta del legislatore polacco di escludere qualsiasi possibilità di esame – attuale o futuro – da parte della Corte di quei ricorsi come quelli presentati nel procedimento principale che invece, secondo il Tribunale costituzionale, avrebbero dovuto ottenere un responso o dinanzi a un altro giudice a seguito di un loro trasferimento ovvero a seguito della riproposizione dei ricorsi stessi dinanzi a un diverso giudice. Sul punto si vedano gli elementi e le considerazioni menzionati ai punti da 99 a 105 della sentenza.

<sup>106</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, causa C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

autorità di Varsavia il pretesto definitivo per muovere un attacco frontale alle istituzioni europee. Scegliendo la strada della giurisdizionalizzazione del confronto con l'Unione europea, il Governo polacco, nella persona del Presidente del Consiglio Morawiecki, ha, infatti, promosso un ricorso diretto dinanzi al Tribunale costituzionale il 29 marzo 2021 al fine di veder dichiarata l'incompatibilità di alcuni articoli del TUE, così come interpretati dalla CGUE, con alcune disposizioni della Costituzione polacca. In particolare, il Capo del Governo mirava a far valutare dal TC la conformità alla Costituzione:

1) dell'art. 1, cc. 1 e 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, nella misura in cui facoltasse e/o obbligasse ogni autorità chiamata ad applicare la legge ad astenersi dall'applicare la Costituzione polacca o richiedesse alle dette autorità l'applicazione delle disposizioni di legge in modo incompatibile con la Costituzione polacca, in particolare con l'art. 2, l'art. 7, l'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 90, par. 1, l'art. 91, par. 2, come pure l'art. 178, par. 1;

2) dell'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, nella misura in cui facoltasse e/o obbligasse, per garantire una tutela giuridica effettiva, l'autorità chiamata ad applicare la legge ad applicare disposizioni di legge in modo incompatibile con la Costituzione, incluse le disposizioni che, sulla base della giurisprudenza del Tribunale costituzionale avessero cessato di avere efficacia poiché incoerenti con il dettato costituzionale, in particolare in relazione all'art. 2, l'art. 7, l'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 91, par. 2, l'art. 90, par. 1, l'art. 178, par. 1, come pure l'art. 190, par. 1, Cost.;

3) dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 2 TUE, nella misura in cui autorizzasse i tribunali a pronunciarsi sull'indipendenza dei giudici nominati dal Presidente della Repubblica nonché ad avere cognizione sulle proposte per la nomina alla funzione di giudice presentate dal Consiglio nazionale della Magistratura al Presidente della Repubblica, con particolare riferimento all'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 90, par. 1 e l'art. 91, par. 2, l'art. 144, par. 3 e 17, come pure l'art. 186, par. 1<sup>107</sup>.

Il giudizio costituzionale, che ha visto intervenire anche il Presidente della Repubblica, il *Sejm*, il Ministro degli Affari esteri, il procuratore generale e l'Ombudsman polacco, si è

<sup>107</sup> Il testo del ricorso è rinvenibile in pdf su <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%203/21>.

concluso, dopo una serie di rinvii<sup>108</sup>, con la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 che, a seguito della sua pubblicazione il 12 ottobre 2021 sulla Gazzetta Ufficiale polacca *sub* posizione n. 1852, ha assunto a partire da tale data piena efficacia giuridica.

#### 4.2. La sentenza K 3/21: un approccio tematico.

Per compiere un'analisi della sentenza che sia utile a comprenderne la portata lesiva nei confronti del processo di integrazione europea, risulta opportuno dividerla tematicamente in due parti.

Nella prima parte della sentenza il Tribunale costituzionale ha sostenuto come l'art. 1, cc. 1 e 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3 TUE, fosse incompatibile con la Costituzione polacca nella misura in cui l'Unione, perseguendo l'obiettivo di instaurare una «Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» fosse giunta, mediante l'opera interpretativa della CGUE, ad una nuova tappa del processo di integrazione europea tale da a) consentire alle autorità dell'Unione di agire *ultra vires*, e dunque, oltre le competenze loro attribuite dalla Polonia nei Trattati; b) negare il primato della Costituzione polacca all'interno della gerarchie delle fonti; c) impedire alla Repubblica di Polonia di operare come uno Stato sovrano e democratico<sup>109</sup>.

La seconda parte della sentenza ha visto, invece, il Tribunale costituzionale dichiarare l'incompatibilità con la Costituzione polacca dell'art. 19, par. 1, c. 2 TUE in quanto idoneo, al fine di assicurare «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», ad attribuire ai tribunali nazionali il potere di a) eludere le disposizioni della Costituzione nel corso del giudizio<sup>110</sup>; b) giudicare sulla base di disposizioni non più in vigore, in quanto revocate dal *Sejm* e/o dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale<sup>111</sup>. È stato, inoltre, giudicato incostituzionale l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 2 TUE, poiché in grado di attribuire ai giudici nazionali il

<sup>108</sup> Il 15 luglio 2021 il Tribunale costituzionale ha rinviato l'udienza decisiva e la propria decisione al 3 agosto, poi al 31 agosto, al 22 settembre e al 30 settembre e, infine, al 7 ottobre. Sul punto v. J. Sawicki, *Il confronto con l'Europa si trasforma in una guerra giudiziaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2021, p. 9.

<sup>109</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8 e 90, par. 1, Cost.

<sup>110</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 7, 8, par. 1, 90, par. 1, 178, par. 1 Cost.

<sup>111</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 7, 8, par. 1, 90, par. 1, 178, par. 1, 190, par. 1, Cost.



potere di a) controllare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, nonché la legittimità dell'atto di nomina alla funzione di giudice del Presidente della Repubblica<sup>112</sup>; b) verificare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio nazionale della Magistratura nel procedimento di nomina dei giudici<sup>113</sup>; c) determinare l'invalidità del processo di nomina di un giudice e, conseguentemente, rifiutare di considerare come giudice una persona nominata secondo tale processo giudicato invalido<sup>114</sup>.

Prescindendo dai dubbi sulla legittimità del ricorso che una lettura attenta dell'art. 79, Cost. polacca può sollevare in relazione, da un lato, al soggetto titolare del diritto a ricorrere e, dall'altro, all'oggetto del giudizio stesso<sup>115</sup>, la divisione tematica della sentenza in due parti risponde all'esigenza di individuare con più chiarezza i due differenti binari percorsi dal Tribunale costituzionale per minare il processo di integrazione europea e cioè, da un lato, la negazione del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno e, dall'altro lato, il diniego del principio dell'efficacia diretta unito alla disarticolazione del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione tramite un attacco diretto al meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Procedendo con ordine, per confutare le argomentazioni sostenute nella prima parte della pronuncia dai giudici costituzionali polacchi, è importante, innanzitutto, rammentare come l'obiettivo di creare un'Unione sempre più stretta, previsto ex art. 1 TUE, fosse già menzionato nel Preambolo del Trattato CEE del 1957, per poi essere previsto nell'art. A del Trattato sull'Unione europea di Maastricht del 1992, potendo pertanto considerarsi pienamente rientrante nell'*acquis* comunitario accettato dalla Polonia in sede di adesione all'UE nel 2004. A ciò si aggiunga, poi, come, a seguito delle modifiche intervenute con il

<sup>112</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 179 in combinato disposto con l'art. 144, par. 3, pt. 17, Cost.

<sup>113</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 186, par. 1, Cost.

<sup>114</sup> L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 179 in combinato disposto con l'art. 144, par. 3, pt. 17, Cost.

<sup>115</sup> L'art. 79 Cost. polacca stabilisce che «ogni persona le cui libertà o diritti costituzionali sono stati violati, ha il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale per un giudizio sulla conformità alla Costituzione di una legge o di un altro atto normativo sulla cui base un tribunale o un organo della pubblica amministrazione ha preso una decisione definitiva». A questo proposito se, da un lato, risulta quantomeno anomalo che a proporre il ricorso al Tribunale costituzionale sia stato il Presidente del Consiglio polacco, dall'altro lato, la mancata menzione da parte dell'art. 79 dei trattati internazionali tra le disposizioni eventualmente oggetto del giudizio di costituzionalità porta a dubitare della competenza stessa del Tribunale costituzionale a pronunciarsi sul ricorso promosso il 29 marzo 2021. Sul punto cfr. *Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal*, in <https://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of-the-polish-constitutional-tribunal/>.

Trattato di Lisbona, debitamente ratificato ed eseguito dalla Polonia<sup>116</sup>, il processo di integrazione europea non abbia fatto segnare a livello primario alcuna nuova tappa se non il Trattato di adesione della Croazia del 12 ottobre 2011, anche questo ratificato prontamente dalla Polonia. In merito, poi, all'asserita azione *ultra vires* delle istituzioni europee, va rammentato come lo strumento idoneo a porvi rimedio sia rinvenibile nel TFUE e, in particolare, nell'art. 263 disciplinante il c.d. ricorso per annullamento, peraltro azionato dalla Polonia stessa avverso il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del 16 dicembre 2020, pendente ancora oggi dinanzi alla CGUE (causa C-157/21)<sup>117</sup>. Per quanto riguarda, invece, l'impossibilità per la Polonia di operare come uno Stato sovrano e democratico, va ricordato, da un lato, come sia stata una scelta pienamente sovrana quella esercitata da Varsavia di aderire ai Trattati europei, alla cui base era previsto l'esercizio di una sovranità condivisa in condizioni di reciprocità con gli altri Stati membri, e, dall'altro lato, come sia stata proprio la tutela della democrazia, fondata anche sul principio di separazione dei poteri, ad aver spinto le istituzioni europee a intervenire negli ultimi anni in relazione alle riforme sul sistema giudiziario polacco<sup>118</sup>. In merito, da ultimo, all'asserita perdita da parte della Costituzione polacca del proprio ruolo di fonte suprema all'interno dell'ordinamento giuridico polacco, è bene ricordare come la giurisprudenza della CGUE, precedente all'ingresso della Polonia nell'UE e dunque facente parte dell'*acquis* giurisprudenziale accettato dallo Stato in sede di adesione, pur dando luogo a vari confronti in tema di cc.dd. controlimiti con le Corti costituzionali europee, abbia sempre riconosciuto

<sup>116</sup> La Polonia ha ratificato il Trattato di Lisbona e vi ha dato esecuzione dopo l'approvazione da parte del *Sejm* il 1° aprile 2008 con 184 voti favorevoli, 12 astenuti e 56 contrari e, il giorno seguente, del Senato con 74 voti favorevoli, 6 astenuti e 17 contrari. Il Presidente della Repubblica ha firmato lo strumento di ratifica del trattato il 10 ottobre a oltre 5 mesi dall'approvazione parlamentare. Di conseguenza, le modifiche apportate al TUE e al TFUE sono state introdotte nell'ordinamento polacco, nell'ambito del quale detti accordi internazionali ratificati rientrano, secondo l'art. 87, par. 1, Cost. tra le fonti del diritto polacche insieme alla Costituzione, alle leggi e ai decreti. L'art. 91, par. 2, Cost. prevede inoltre che «l'accordo internazionale ratificato...prevale sulla legge, qualora tale legge sia incompatibile con l'accordo». Cfr. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesis? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xxi.

<sup>117</sup> Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 ha introdotto un meccanismo di «*rule of law conditionality*» che abilita il Consiglio, su proposta della Commissione, a sospendere l'erogazione di fondi europei agli Stati membri i cui ordinamenti confliggano con i principi dello Stato di diritto (artt. 5 e 6), in quanto tali carenze vengono considerate incompatibili con una gestione «sana» delle risorse economiche (considerando 8 e 13), sicché il blocco dei finanziamenti troverebbe giustificazione nell'esigenza di preservare il bilancio dell'Unione nella sua fase attuativa (artt. 317 e 322, par. 1, TFUE). Per un approfondimento sul meccanismo di condizionalità finanziaria e sulle criticità da esso sollevate v. I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *federalismi.it*, n. 14/2021, pp. 178-181.

<sup>118</sup> P. Manzini, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus.it*, n. 4/2021, p. 3.

in linea di principio l'operatività e la validità del principio del primato del diritto dell'Unione anche sulle Costituzioni degli Stati membri<sup>119</sup>.

Richiamate brevemente le criticità di quanto sancito dal Tribunale costituzionale polacco nella prima parte della sentenza, per comprenderne appieno il portato potenzialmente nefasto nei confronti del processo di integrazione europea, occorre qui necessariamente collegarsi a quanto sostanzialmente affermato nella seconda parte della stessa. A questo proposito, mediante un attacco all'art. 19, par. 1, c. 2, letto sia singolarmente che in combinato disposto con l'art. 2 TUE, l'organo di giustizia costituzionale polacco ha sostanzialmente proceduto ad una neutralizzazione dell'attivismo dimostrato dai giudici polacchi in difesa del principio della tutela giurisdizionale effettiva e dello Stato di diritto, negando loro, da un lato, la possibilità di disapplicare il diritto interno in favore di quello dell'Unione in ossequio al principio dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione, nonché, dall'altro lato, la possibilità di attingere in via pregiudiziale alla copiosa giurisprudenza della CGUE in materia di indipendenza dei giudici per sindacare la validità di determinate nomine alle funzioni giurisdizionali poste in essere da istituzioni interne<sup>120</sup>.

#### **4.3. Il richiamo improprio alla teoria dei controlimiti: il preoccupante portato di una crisi *ab origine*.**

A questo punto, quanto interessa sottolineare è come, al fine di avvalorare da un punto di vista giuridico e teorico la dichiarata incompatibilità delle citate disposizioni del TUE –

---

<sup>119</sup> Sul primato della Costituzione polacca e sul profilo della sovranità e democraticità dello Stato polacco va segnalato come la sentenza K 3/21 si ponga in linea di continuità con la precedente pronuncia K 18/04 dell'11 maggio 2005 nella quale il Tribunale costituzionale polacco aveva chiarito che né l'art. 90, par. 1, Cost., dove si stabilisce che «la Repubblica Polacca può, sulla base di un accordo internazionale, trasferire ad un'organizzazione internazionale o ad un organo internazionale le attribuzioni degli organi dello Stato su talune questioni», né l'art. 91, par. 3, Cost., il quale stabilisce che «se risulta da un accordo internazionale ratificato dalla Repubblica polacca che istituisce un'organizzazione internazionale, il diritto da essa derivato si applica direttamente, prevalendo, in caso di contrasto, sulle leggi interne», possono costituire il fondamento per delegare in capo ad un'organizzazione internazionale o a un suo organo, la produzione di atti giuridici o l'assunzione di decisioni in contrasto con la Costituzione della Repubblica Polacca. In particolare, le norme indicate non possono giustificare la cessione di competenze in ambiti che provocherebbero disfunzioni nell'ordinamento interno sotto il profilo della sovranità e democraticità dello Stato. Sul punto cfr. K. Witkowska e P. Chrzczonowicz, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *poloniaeuropae*, n. 3/2012, pp. 5-7.

<sup>120</sup> G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021, pp. 5-6.

così come interpretate dalla CGUE – con la Costituzione polacca, la narrazione del Tribunale costituzionale e del Governo polacco si sia incentrata sulla riconduzione della sentenza K 3/21 nel novero della giurisprudenza costituzionale dei c.d. controlimiti esterni al diritto europeo, sviluppatasi lungo i 70 anni di integrazione comunitaria – prima – ed eurounitaria – poi – nelle pronunce delle principali Corti costituzionali e supreme degli Stati membri. Il richiamo alla teoria dei controlimiti *extra moenia* può, tuttavia, pacificamente giudicarsi come un’operazione sostanzialmente inopportuna e fuorviante per i motivi presto esposti.

Alla prima anomalia, rappresentata da un’affermazione così generalizzata nella sentenza K 3/21 della superiorità della Costituzione rispetto al diritto dell’Unione, mai rinvenuta nel sindacato *ultra vires* delle altre Corti costituzionali, si associa infatti un profondo travisamento della logica che sottende alla teoria dei controlimiti. La circostanza che ha visto l’instaurarsi del giudizio di costituzionalità su ricorso del Presidente del Consiglio polacco piuttosto che, come in tutte le altre pronunce di sindacato *ultra vires*, su ricorso di giudici<sup>121</sup>, nel corso di processi pendenti, ovvero per mezzo di ricorrenti privati<sup>122</sup>, rappresenta, infatti, solo il primo segnale del tradimento dello sforzo integrazionista tra diritto dell’Unione europea e diritto degli Stati membri su cui si basa la teoria dei controlimiti. Più nello specifico, è noto come all’interno dei Trattati – in particolare negli artt. 19 TUE e 267 TFUE – non sia stato riconosciuto il potere di esercitare il sindacato *ultra vires* agli Stati membri, impedendo così a questi ultimi di adottare un’interpretazione del diritto dell’Unione europea difforme da quella fornita dalla CGUE, organo cui invece è stata attribuita la competenza esclusiva, centralizzata e vincolante in materia di interpretazione del diritto dell’Unione in modo tale da garantire, da un lato, l’autonomia del diritto dell’Unione rispetto agli Stati membri nell’esercizio della propria azione e, dall’altro, il principio di uguaglianza tra gli Stati. A fronte di tale “monopolio” interpretativo assegnato alla CGUE dai Trattati, l’Unione europea non si è, tuttavia, mostrata indifferente rispetto alle pronunce intervenute nel corso degli anni da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri che, al fine di assicurare a determinati principi e

<sup>121</sup> Si veda ad esempio la vicenda Taricco, che ha visto coinvolte la Corte costituzionale italiana e la CGUE, originatasi a partire dal rinvio pregiudiziale promosso dal GUP del Tribunale di Cuneo con Ordinanza del 17/01/2014.

<sup>122</sup> Si veda ad esempio la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *Public Sector Purchase Programme*, originata dalla proposizione di ricorsi individuali da parte di personalità politiche tedesche note per le loro posizioni euro-scettiche (su tutti, Heinrich Weiss, Bernd Lucke, Peter Gauweiler e Markus Kerber).

diritti fondamentali presenti nelle Costituzioni nazionali un livello di tutela maggiore rispetto a quella riconosciuta loro dalla legislazione nazionale attuativa della normativa europea, hanno fatto valere i c.d. controlimiti<sup>123</sup>. Mostrando, infatti, un certo livello di apertura e sensibilità giuridica alle istanze manifestate da tali sentenze degli organi di giustizia costituzionale europei, il diritto dell'Unione europea, da un lato, ha previsto il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri nonché il rispetto dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni rispettivamente agli artt. 4, par. 2, TUE e 6, par. 3, TUE, e dall'altro lato, ha lasciato che il principio giurisprudenziale del primato o *primauté* del diritto dell'Unione non trovasse un'esplicita positivizzazione all'interno del Trattato di Lisbona<sup>124</sup>. A questo punto, l'elemento chiave per conferire operatività ed effettività a tale rapporto di integrazione tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati membri è stato individuato nel rinvio pregiudiziale. Tale meccanismo, previsto ex art. 267 TFUE, ha infatti rappresentato lo strumento di dialogo tra la CGUE e le Corti costituzionali nazionali imprescindibile per la ricerca del delicato – e spesso raggiunto con fatica – equilibrio tra principio del primato e tutela dei *nuclei duri* delle Costituzioni degli Stati membri. Proprio alla luce di quanto appena detto, si comprende come il Tribunale costituzionale polacco, sconfessando tale elemento dialogico e non ottemperando all'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto ex art. 267 TFUE, abbia proceduto con la sentenza K 3/21 ad un uso distorto e strumentale della teoria dei controlimiti, andando così ad attaccare il principio del primato del diritto dell'Unione, in via unilaterale e a livello sistemico, con una “aggressività” mai prima riscontrata nelle altre pronunce *ultra vires* delle altre Corti costituzionali<sup>125</sup>.

La pervasiva negazione del principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto

<sup>123</sup> L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della “crisi” tra Bruxelles e Berlino*, cit., p. 3.

<sup>124</sup> Il principio del primato è richiamato dalla Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale che ha adottato il Trattato di Lisbona. In essa si afferma che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Sulla fortuna della teoria dei controlimiti *extra moenia* nelle pronunce delle principali Corti costituzionali europee lungo il processo di integrazione europea e sullo sforzo integrazionista del diritto dell'Unione europea cfr. M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2021, pp. 105-109.

<sup>125</sup> L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della “crisi” tra Bruxelles e Berlino*, cit., p. 3; G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, cit., p. 6.

nazionale così declinata, se *prima facie* ha l'effetto di offrire un'ulteriore legittimazione giuridica all'attività di elusione delle pronunce della CGUE in tema di sistema giudiziario e Stato di diritto posta in essere dal Governo polacco negli ultimi anni<sup>126</sup>, serba in realtà in sé conseguenze ancora più disastrose. Se letta, infatti, insieme al duplice attacco, realizzatosi – come detto – nella seconda parte della pronuncia, al principio dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione e al sistema del rinvio pregiudiziale, essa mette in crisi in un modo neanche troppo surrettizio i principi fondanti e non negoziabili dell'intero edificio di integrazione europea, che proprio nel tritico primato – efficacia diretta – rinvio pregiudiziale trova le proprie fondamenta a partire dalla celebre sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964.

La domanda che potrebbe sorgere a questo punto potrebbe essere la seguente: cosa ha permesso che si consumasse una così grave crisi nel cammino di integrazione europea? Si è già detto come parte delle ragioni possano rinvenirsi nell'incapacità dell'Unione europea di garantire effettività alla tutela dei propri valori fondanti dinanzi alle riforme adottate dalle autorità polacche<sup>127</sup>. Tuttavia, le origini più profonde di tale situazione di vulnerabilità dell'edificio europeo pare possano individuarsi in un'altra crisi che ha precedentemente interessato – e continua a interessare – l'impianto istituzionale polacco: quella relativa allo stato di salute della democrazia costituzionale polacca, colpita nel suo *cuore pulsante* e cioè il *Trybunał Konstytucyjny*.

La crisi o regressione della democrazia costituzionale polacca, dinanzi alla quale il sistema di condizionalità democratica dell'Unione europea ha potuto – come si è visto – misurare la propria inadeguatezza, ha trovato, infatti, nell'intervento sul Tribunale costituzionale il proprio punto cruciale – dapprima – di avvio e – successivamente – di sviluppo. La sentenza K 3/21 rappresenta, in questo senso la piena dimostrazione di come il Tribunale costituzionale, da essere il primo organo leso dalla deriva illiberale della democrazia in Polonia, ne sia diventato, poi, la fondamentale arma di legittimazione e giustificazione anche dinanzi alle istituzioni europee.

<sup>126</sup> A. Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2021, p. 92.

<sup>127</sup> A. Von Bogdandy e M. Ioannidis, con riferimento alla tutela dei suoi valori fondanti, affermano come l'Unione europea non possa essere una *"lame duck"*, con ciò riferendosi a un soggetto politico i cui poteri sono fortemente limitati o non esercitabili in modo effettivo. Cfr. A. Von Bogdandy e M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1/2014, p. 65 ss.



Il percorso di totale assoggettamento del Tribunale costituzionale polacco perseguito e raggiunto dall'endiadi maggioranza parlamentare-Governo a guida PiS tra il 2015 e il 2016<sup>128</sup> rappresenta, più di ogni altra riforma, la più profonda ferita inferta alla stato di salute della democrazia costituzionale polacca, con inevitabili conseguenze sulla tenuta dell'intero sistema europeo che, è bene rammentare, pur caratterizzato dal principio di autonomia nell'esercizio della sua azione rispetto agli Stati membri, è in ogni caso legato ad essi da un imprescindibile e viscerale rapporto di integrazione.

Il Tribunale costituzionale polacco, così come *impacchettato* dalla compagine parlamentare-governativa PiS<sup>129</sup>, rappresenta oggi un organo di giustizia costituzionale ormai svuotato della propria identità e del proprio ruolo di “custode della Costituzione”<sup>130</sup>. Tramite l'attacco a ciò che, insieme alla revisione costituzionale, è considerato lo strumento di garanzia della rigidità e della vigenza di una Costituzione<sup>131</sup>, la Polonia pare mostrare preoccupanti segni di un ritorno alle categorie dogmatiche tipiche della democrazia rivoluzionaria francese di fine Settecento, che nel legislatore virtuoso vedevano l'unico e assoluto garante della volontà generale della Nazione avverso gli interessi particolari e le fazioni e, come tale, legittimamente slegato da qualsiasi vincolo di ordine costituzionale

<sup>128</sup> Esso si è sviluppato, come si è cercato di ricostruire, mediante 1) la sostituzione dei giudici costituzionali, favorita da alcuni difetti dell'ingegneria costituzionale post-comunista nonché da alcuni errori di valutazione politica della precedente maggioranza; 2) l'intervento legislativo sul funzionamento dell'organo, concretatosi nell'approvazione di leggi di modifica e di una legge completamente nuova sul TC; 3) la mancata pubblicazione delle sentenze ritenute avverse, privandole così di efficacia giuridica. *Supra*, pp. 5-9.

<sup>129</sup> A. Di Gregorio, *Regressioni costituzionali e corti apicali: i casi di Venezuela, Turchia, Russia, Ungheria e Polonia*, Post-print, accepted manuscript ecc. (versione accettata dall'editore), 2018, pp. 12-13.

<sup>130</sup> È H. Kelsen a sostenere come sia il Tribunale costituzionale a fungere da custode della Costituzione e non, secondo quanto invece sostenuto da C. Schmitt in relazione alla Costituzione di Weimar, il Presidente del Reich. Per Kelsen, infatti, il Presidente del Reich, pur essendo simbolo dell'“unità del popolo”, venendo eletto da una coalizione di partiti politici, e non potendo dunque essere espressione di un'effettiva unità reale, non poteva costituire una garanzia imparziale della Costituzione. Sul punto cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 277.

<sup>131</sup> È bene ricordare come a seguito delle elezioni del 2019 la compagine parlamentare-governativa a guida PiS non abbia i numeri per procedere alla revisione della Costituzione polacca, la quale necessita all'interno del procedimento, ai sensi dell'art. 235 della Costituzione polacca, non solo del consenso del *Sejm* a maggioranza di almeno due terzi dei voti in presenza di almeno la metà del numero statutario di deputati, ma anche dell'approvazione del Senato a maggioranza assoluta dei voti in presenza di almeno la metà del numero statutario dei senatori. Sulle garanzie costituzionali della rigidità costituzionale è utile richiamare la classificazione di L. Ferrajoli secondo il quale la Corte costituzionale rappresenta la *garanzia costituzionale secondaria* della rigidità della Costituzione con il compito “di annullare le norme di legge in contrasto con le norme costituzionali sostanziali, nonché di risolvere i conflitti tra poteri generati dagli straripamenti oltre i confini loro ascritti dalle norme costituzionali formali sulle competenze”, mentre le norme sulla revisione costituzionale rappresentano *garanzie costituzionali primarie*, consistenti nel “divieto della produzione di norme che manomettano o deroghino a norme costituzionali, sia esso incondizionato o condizionato all'adozione del procedimento aggravato a tal fine predisposto”. Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, vol. II, p. 89.



nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>132</sup>.

In questo senso, tutti i timori paventati a metà dell'Ottocento da Tocqueville in tema di tirannide della maggioranza<sup>133</sup> vedono nel caso polacco piena attualizzazione e concretizzazione, data la compiuta atrofizzazione del contropotere giurisdizionale-costituzionale consegnato, proprio come antidoto a tale pericolo, alle democrazie degli ordinamenti europei occidentali dalla teoria costituzionalista della democrazia di kelseniana memoria, di cui lo stesso ordinamento costituzionale polacco, nato nel 1997 a seguito della IV ondata del costituzionalismo interessante l'area europea centro-

<sup>132</sup> La democrazia rivoluzionaria francese è il frutto del convergere delle differenti impostazioni teoriche dei giacobini e di Sieyès attorno ad alcuni punti fondamentali sulla base del comune approccio rousseauviano al concetto di volontà generale. Entrambe le concezioni considerano la legge come “un valore in sé” che, o come espressione diretta del popolo o come il prodotto della rappresentanza nazionale, essendo espressione della volontà generale, rappresenta lo strumento che, avverso i privilegi e il particolarismo giuridico, è idoneo ad assicurare la certezza del diritto, l'eguaglianza tra gli uomini e a rendere possibili i diritti. Inoltre, per entrambe le concezioni, il potere legislativo non conosce limiti costituzionali, sia esso esercitato direttamente o tramite rappresentanti. In tal senso l'affermazione di Sieyès presente nel *Che cosa è il Terzo Stato?* «in qualunque modo una nazione voglia, basta che voglia» può essere letta in analogia con l'art. 28 della Costituzione giacobina secondo cui “un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future”. La democrazia rivoluzionaria francese può essere dunque considerata una democrazia legislativa, da un lato, perché la fonte di normazione superiore è la legge che non trova alcun limite nella Costituzione, e dall'altro, perché la legge è considerata come espressione della volontà generale della Nazione nonché garanzia dei diritti. Cfr. sul punto G. Bongiovanni e G. Gozzi, *Democrazia*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2006, pp. 226-228 e dottrina ivi citata.

<sup>133</sup> A. de Tocqueville nella sua opera *La democrazia in America* del 1835 individua, tra le possibili degenerazioni del principio di eguaglianza prodotto dall'avvento della democrazia, la c.d. tirannide della maggioranza, capace di schiacciare l'individuo e le minoranze, in assenza di corpi intermedi tra quest'ultimo e il potere statale centralizzato, rappresentato dal legislatore dotato di un potere eccessivo. Nella seconda *La democrazia in America* del 1840, tuttavia, Tocqueville si distacca dal tema della tirannide della maggioranza, individuando il nuovo pericolo per le libertà nell'“accentramento dei poteri”, cioè nell'avvento di un potere nuovo che tende ad “avocare a sé, con l'avallo dei sudditi, prerogative e attribuzioni un tempo lasciate alle libere scelte individuali” e che porta alla cessione dei diritti allo Stato. Secondo la nuova prospettiva costituzionale assunta da Tocqueville, dunque, il potere da limitare è quello che «tende necessariamente ad assumere l'esecutivo, attraverso gli organi della sua amministrazione». Sulla tirannide della maggioranza cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, vol. II a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1968, p. 297 ss. Sulla limitazione del potere esecutivo cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1981, p. 41, p. 180. A parere di chi scrive, il caso polacco è suscettibile di essere letto alla luce dei timori manifestati da Tocqueville relativamente ad entrambi i poteri guardati con sospetto nelle sue opere, data la presenza in Polonia di un potere maggioritario senza limiti, composto dalla maggioranza parlamentare saldata a un governo monolitico e rafforzato, altresì, da un Capo dello Stato elettivo appartenente alla medesima area politica.

orientale<sup>134</sup>, è comunque erede e depositario<sup>135</sup>. Le riforme intervenute nel biennio 2015-2016 vanificano, infatti, l'abile ricostruzione del concetto di democrazia operata proprio da Kelsen nella sua c.d. dottrina giuridica della democrazia costituzionale, nella quale l'essenza della stessa viene identificata "non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in Parlamento (e quindi nella pace sociale)"<sup>136</sup>. In altre parole, il principio di maggioranza nelle democrazie andrebbe declinato come "principio maggioritario-minoritario", proprio perché nella realtà di una democrazia il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza. La Costituzione, in questo senso, andrebbe a costituire non solo una regola procedurale tesa a stabilire gli elementi formali per la corretta elaborazione della fonte legislativa da parte della maggioranza, ma altresì una regola sostanziale posta a garanzia del rispetto da parte della maggioranza di determinati contenuti valoriali e di principio<sup>137</sup>, in grado di proteggere, in tal modo, le minoranze dai possibili arbitri delle maggioranze. In quella che è, dunque, una democrazia non più solo *procedurale* ma *costituzionale*, la giustizia costituzionale, nell'elaborazione teorica del giurista austriaco, assurge al ruolo fondamentale di organo garante, da un lato, dell'effettivo rispetto sia formale che sostanziale della Costituzione e, dall'altro lato e conseguentemente, della protezione delle minoranze<sup>138</sup>. La medesima funzione è rinvenibile negli attuali sistemi liberal-democratici, eredi – come detto – del pensiero kelseniano, dove la giustizia costituzionale, senza abnegare al proprio ruolo di giudice imparziale, è chiamata a far valere il principio di responsabilità politica, ormai ridimensionato – se non pienamente sconfessato come nel caso polacco – dalla presenza di una maggioranza politica

<sup>134</sup> Insieme all'area dell'Europa centro-orientale, la IV ondata del costituzionalismo è ricollegabile altresì alle esperienze di transizione democratica che hanno interessato l'Africa e l'America latina. Si considerino a tal proposito le Costituzioni in Centro e Sud America di Brasile (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Uruguay (1984), Nicaragua (1987); in Africa della Repubblica sudafricana (1996), Algeria (1989), Benin (1990), Burundi (1992), Congo (1992), Gabon (1991), Ghana (1992), Gibuti (1992), Madagascar (1992), Mali (1992), Mauritania (1991), Namibia (1990), Niger (1992).

<sup>135</sup> Non è questa la sede per approfondire sul punto, tuttavia è importante evidenziare come il Rapporto 2020-2021 di *Amnesty International* segnali in Polonia una situazione critica non solo in tema di abuso di potere statale ed indipendenza della magistratura, ma altresì in tema di libertà di riunione, libertà di espressione e associazione, diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuate, diritti sessuali e riproduttivi, diritti di rifugiati e richiedenti asilo. Il Rapporto è disponibile su <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-2020-2021/europa-e-asia-centrale/polonia/>.

<sup>136</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, cit., p. 201.

<sup>137</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 154.

<sup>138</sup> Sul modello costituzionale kelseniano letto come una delle prime articolate formulazioni di una teoria costituzionale democratica v. G. Bongiovanni e G. Gozzi, *Democrazia*, cit., pp. 236-239.

contingente basata saldamente sul blocco maggioritario stabile e omogeneo maggioranza parlamentare-Governo.

La distanza tra un organo di giustizia costituzionale così concepito e l'attuale Tribunale costituzionale polacco pare, in base a quanto sinora detto, evidente nonché fortemente preoccupante, data la strettissima connessione inevitabilmente sussistente tra *custodito* e *custode*, per tali intendendosi, rispettivamente, la Costituzione democratica e l'organo posto a garanzia di quest'ultima.

Il quadro appena descritto fotografa dunque due crisi – quella dell'integrazione europea e quella del *Trybunał Konstytucyjny* – tra loro strettamente comunicanti, e a fronte delle quali l'Unione europea è chiamata a dare un'efficace risposta al fine di evitare che la sentenza K 3/21, che di tali crisi è il più evidente portato, ingenerando comportamenti emulativi da parte di altre Corti costituzionali europee, dia origine in maniera irreversibile al processo disgregativo dell'edificio europeo.

## 5. Conclusioni (e possibili soluzioni).

Sulla base di quanto si è tentato di argomentare in tale studio, la sentenza K 3/21 del *Trybunał Konstytucyjny* può probabilmente configurarsi come la più drammatica espressione delle debolezze e delle contraddizioni che innervano il sistema di condizionalità democratica edificato dall'Unione europea in sede di allargamento della propria base associativa con specifico riferimento ai Paesi dell'Est europeo. In particolare, con la formula del c.d. *dilemma di Copenaghen*<sup>139</sup> si suole simbolicamente richiamare la circostanza per cui la previsione, tra i criteri di adesione, della necessaria presenza nello Stato candidato di istituzioni stabili capaci di garantire la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela, non sia stata assistita dalla predisposizione di un sistema che garantisse, una volta perfezionata l'adesione dello Stato all'Unione, l'effettivo rispetto di tali valori democratici in settori estranei alla competenza

---

<sup>139</sup> Il riferimento è al Consiglio europeo tenutosi a Copenaghen il 21 e il 22 giugno 1993 che, in vista dell'allargamento della base associativa ai Paesi dell'Est europeo, vide stabilire il rispetto di determinati standard democratici per l'ingresso nell'UE.

dell'Unione anche durante la *membership*<sup>140</sup>. In questo senso, la sentenza polacca disvela appieno il paradosso di una Unione europea rigorosamente vigile sul rispetto dei valori appena richiamati in sede di valutazione del potenziale accesso, ma sostanzialmente disarmata e impreparata, una volta accordata l'adesione, a far fronte alle possibili deviazioni da tali principi-valori perpetrate dagli Stati neo-membri<sup>141</sup>.

Ciò che interessa, a questo punto, è provare a dare una risposta a due interrogativi. Il primo riguarda il significato e le implicazioni della sentenza K 3/21 dal *lato* polacco. Il secondo concerne, invece, le strade percorribili dall'Unione europea per garantire, mediante un'efficace reazione alla sentenza polacca, la tenuta assiologica dell'intero progetto europeo.

Partendo dal primo quesito, vi è in dottrina chi ha letto, nella sentenza intervenuta, l'accertamento da parte del Tribunale costituzionale polacco della generale incompatibilità della partecipazione della Polonia ai Trattati europei e, pertanto, la volontà implicita di recedere *de facto* dall'Unione europea. Si tratta di una ricostruzione ermeneutica che sfida, da un lato, il dettato dell'art. 50 TUE – contenente la disciplina del recesso dello Stato membro dall'Unione – alla luce dell'interpretazione della CGUE nella sentenza *Wightam e al.* del 10 dicembre 2018 nonché della prassi seguita per la *Brexit*, e dall'altro lato, il dato empirico che vede la Polonia mantenere la ferma volontà di rimanere nell'Unione per sfruttarne al massimo i vantaggi discendenti dalla sua partecipazione soprattutto sul piano economico. La dottrina richiamata colloca, infatti, la Polonia in uno stato di pre-recesso, tale per cui la sentenza, sebbene qualificabile come «decisione conforme alle norme costituzionali di recedere dall'Unione» ai sensi dell'art. 50, par. 1, TUE, necessita in ogni caso di essere notificata in debita forma, non potendo la pubblicazione della stessa in Gazzetta Ufficiale essere letta come notifica al Consiglio europeo della volontà della

<sup>140</sup> Si vedano D. Kochenov, *Eu Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008; M. Cremona, *Accession to the European Union: membership conditionality and accession criteria*, in *Polish yearbook of international law*, vol. 25, 2001, pp. 219-240.

<sup>141</sup> Negli ultimi anni l'UE ha riscontrato difficoltà nel porre un argine ad alcune deviazioni dagli standard democratici da parte di alcuni Stati membri. Per un confronto v. G. Halmai, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2018, pp. 313-339; A. Di Stasi, *Diritti fondamentali e processo di (dis)integrazione europea: una relazione complessa*, in M. C. Baruffi e M. Ortino (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 25-49; P. Mori, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 204 ss.

Polonia di recedere dai Trattati ai sensi dell'art. 50, par. 2, TUE<sup>142</sup>. Sulla base, tuttavia, della registrata volontà della Polonia di non notificare alcuna decisione di recesso dall'Unione, si apre conseguentemente alla possibilità di concepire un recesso dall'Unione che esuli dalla procedura prevista ex art. 50 TUE e si basi, invece, su un corollario del principio fondamentale di diritto internazionale *pacta sunt servanda*, secondo cui la volontà di uno Stato di appartenere a un sistema pattizio deve non solo manifestarsi nel momento genetico, ma altresì protrarsi nel tempo dando continuità alla volontà medesima. In questo senso, nella misura in cui si consideri la sentenza K 3/21 il naturale strumento di legittimazione di una sistematica e generalizzata disapplicazione del diritto dell'Unione a favore del diritto nazionale, dante luogo, come tale, ad una netta cesura rispetto alla volontà di adesione al progetto europeo da parte delle autorità di Varsavia, l'Unione europea, e in particolare il Consiglio europeo, si troverebbe nella semplice posizione di dover constatare l'avvenuto recesso della Polonia, manifestato tramite *facta concludentia*. La detta constatazione da parte del Consiglio europeo rappresenterebbe una mera presa d'atto di una scelta già compiuta, e non, dunque, l'esercizio di autotutela ovvero l'estromissione di uno Stato membro, ipotesi entrambe non ammesse dall'ordinamento dell'Unione<sup>143</sup>. La ricostruzione ermeneutica menzionata, sebbene arricchita dal sostegno normativo e assiologico dell'art. 49 TUE che impone agli Stati che facciano domanda di adesione di rispettare e di impegnarsi a promuovere i valori consacrati dall'art. 2 TUE, sconta tuttavia il peso del dato empirico che vede non solo il Governo impegnarsi in una – a tratti paradossale – narrazione *pro-membership* nelle sedi dell'Unione, ma altresì lo stesso popolo polacco rivendicare con forza la propria identificazione con il progetto europeo<sup>144</sup>. Per quanto riguarda, invece, il secondo interrogativo, forti perplessità emergono, innanzitutto, in merito all'eventuale utilizzo dell'art. 7 TUE e del ricorso per inadempimento. Il permanere delle difficoltà applicative della procedura posta a tutela dei

<sup>142</sup> Osta a tale assimilazione il dettato dell'art. 50, par. 2, TUE ai sensi del quale «lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo». La notifica, dunque, deve esprimere in maniera chiara l'intenzione di recedere. Per un approfondimento su chi, invece, sostiene la riconducibilità della sentenza K 3/21 alla disciplina dell'art. 50 TUE v. H. C. H. Hofmann, *Sealed, Stamped and Delivered – The Publication of the Polish Constitutional Court's Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in <https://verfassungsblog.de/sealed-stamped-and-delivered/>, 13 ottobre 2021; all'interno del medesimo filone di pensiero, C. Hillion, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in <https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/>, 27 aprile 2020.

<sup>143</sup> P. Manzini, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, cit., pp. 6-8.

<sup>144</sup> Si veda ad esempio *Mass protests in Poland amid EU exit fears*, in *BBC News*, 11 ottobre 2021, disponibile su <https://www.bbc.com/news/world-europe-58863680>.

valori UE, da un lato, e la scarsa efficacia nonché l'inopportunità del ricorso ex art. 258 e 260 TFUE a fronte di una violazione così ampia dell'*ethos* europeo, dall'altro, conducono a cercare la soluzione altrove. Mettendo, a questo punto, da parte la pur suggestiva, ma utopica, soluzione *internazionalistica* del recesso congiunto dall'Unione degli Stati membri *volenterosi* che, volendo proseguire il proprio cammino di integrazione, decidano di dar vita ad una nuova organizzazione internazionale dotata di un maggior grado di integrazione e di un sistema efficace di tutela dei propri valori fondanti<sup>145</sup>, le soluzioni che paiono avere un maggior margine di percorribilità sono quelle di carattere in un certo senso *pratico*. La prima è di matrice economico-normativa e consiste nel subordinare l'approvazione del Piano di ripresa e resilienza (PNRR) polacco, e la conseguente erogazione dei fondi previsti dal *Next Generation EU* per la Polonia, al superamento da parte delle autorità di Varsavia delle criticità in tema di Stato di diritto e, in particolare, di indipendenza del potere giudiziario. La scelta di intraprendere tale percorso, probabilmente sollecitata dal ricorso in carenza presentato dinanzi alla CGUE dal Parlamento europeo contro la Commissione per la mancata applicazione del regolamento sulla condizionalità finanziaria dello Stato di diritto<sup>146</sup>, ha visto un primo segnale di concretizzazione in quanto dichiarato, in data 7 dicembre 2021, dal commissario europeo per il commercio Valdis Dombrovskis relativamente al blocco dell'erogazione da parte della Commissione, per le ragioni su richiamate, della prima quota del finanziamento a favore della Polonia, pari a circa cinque miliardi di euro<sup>147</sup>. La soluzione richiamata, pur caratterizzandosi per una grande forza persuasiva, legata alla propria capacità di fare leva sul movente economico, serba tuttavia in sé rilevanti rischi per la tenuta dell'edificio europeo. Non va esclusa, infatti, la possibilità che la subordinazione dell'erogazione dei fondi europei all'attuazione delle riforme richieste possa offrire ulteriori argomenti alla narrazione anti-UE delle

<sup>145</sup> È G. Di Federico a prefigurare la possibilità, pur ammettendone i tratti utopici, della costituzione di una nuova organizzazione internazionale che sia migliorata e semplificata sotto il profilo istituzionale; con maggiori competenze in campo economico, fiscale, sociale e sanitario; maggiormente accessibile e comprensibile per i cittadini dei futuri Stati membri; aperta e solidamente ancorata al rispetto dei diritti fondamentali; dotata di strumenti idonei a difendere i propri valori fondanti e fondativi. Cfr. G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, cit., p. 8; C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xxix.

<sup>146</sup> Si veda *Il Parlamento avvia un procedimento legale contro la Commissione sul meccanismo dello stato di diritto*, disponibile su <https://the-president.europarl.europa.eu/it/newsroom/il-parlamento-avvia-un-procedimento-legale-contro-la-commissione-sul-meccanismo-dello-stato-di-diritto>.

<sup>147</sup> *Judicial spats set to delay EU recovery funds to Poland and Hungary*, in *Financial Times*, 7 dicembre 2021, disponibile su <https://www.ft.com/content/9137780a-3b6b-4b92-a6d5-da29941183c2>.

autorità governative di Varsavia che ben potrebbero parlare, a questo proposito, di una ingerenza inaccettabile da parte delle istituzioni europee sulla sovrana discrezionalità del Governo e del Parlamento nazionali, espressione in via mediata della volontà popolare, alimentando conseguentemente spinte centrifughe ai danni del progetto europeo. Dinanzi a tali rischi disgregativi, un'altra soluzione percorribile per reagire con fermezza alla sentenza K 3/21 è di natura giurisprudenziale e consiste, in particolare, nell'intervento della CGUE a difesa della struttura europea sulla base, questa volta, dell'affermazione, e della conseguente applicazione, del c.d. principio di obbligo di non regressione nella tutela dei valori dello Stato di diritto. Tale principio, ricavato ermeneuticamente dalla CGUE nella sentenza *Repubblika c. Il-Prim Ministru* del 20 aprile 2021 in tema di indipendenza dei giudici maltesi<sup>148</sup>, si basa sull'integrazione del combinato disposto degli artt. 2 e 19 TUE con l'art. 49 TUE. Dalla lettura congiunta di tali articoli la Corte, nella sentenza citata, afferma, infatti, come tutti gli Stati membri, mediante l'atto di adesione, abbiano scelto liberamente e volontariamente di aderire anche ai valori comuni, promuovendone il rispetto. In conseguenza di ciò, il rispetto da parte di uno Stato membro dei suddetti valori rappresenta una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati a tale Stato membro, il quale, pertanto, non può modificare la propria normativa, anche di natura costituzionale, in modo da comportare una regressione dello Stato di diritto e, in particolar modo, della garanzia di indipendenza dei giudici, che ne costituisce uno degli elementi più determinanti<sup>149</sup>. Per quanto riguarda, poi, l'individuazione del punto di non regressione, dalla lettura della sentenza emerge come esso vada ricondotto all'assetto ordinamentale vigente al momento dell'adesione dello Stato membro all'Unione e, dunque, nel caso di specie riguardante Malta, al 2004<sup>150</sup>. I motivi che spingono a considerare tale sentenza come una possibile soluzione per reagire efficacemente allo strappo consumato dal Tribunale costituzionale polacco sono presto detti. Sebbene *prima facie* il principio di non regressione affermato nel caso *Repubblika* non paia potersi accostare alla vicenda polacca<sup>151</sup>, dalla sentenza stessa emergono, tuttavia, i segnali di una certa volontà

<sup>148</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika contro Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

<sup>149</sup> Si veda in particolare *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, pt. 63.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pt. 60.

<sup>151</sup> La regressione cui fa riferimento la pronuncia *Repubblika* sembra essere esclusivamente quella imputabile a riforme legislative, così escludendo le involuzioni legate a pronunce giurisprudenziali come, ad esempio, la sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco.



perseguita dalla CGUE di estenderne l'applicabilità ad altri casi futuri. In particolare, la scelta – di politica giudiziaria – di definire in Grande Sezione un caso non particolarmente controverso, da un lato, nonché il carattere quasi superfluo del richiamo a tale principio, non necessario per la risoluzione del caso concreto, dall'altro, restituiscono all'osservatore quantomeno la sensazione che l'obiettivo specifico della CGUE sia stato quello di premunirsi di uno schema teorico da applicare in controversie vertenti su violazioni simili, aprendo, così, a se stessa un nuovo percorso argomentativo idoneo a garantire una più efficace tutela dello Stato di diritto<sup>152</sup>. In questo senso, qualora si presentasse l'occasione, estendere l'applicabilità del principio di non regressione anche alla vicenda polacca rappresenterebbe, forse, la via più saggia, nonché la più giuridicamente accettabile in luogo del *ricatto economico* rappresentato dal blocco dei fondi del *Recovery Plan*, per risolvere il conflitto sullo Stato di diritto e sciogliere, in tal modo, il citato *dilemma di Copenaghen*, dimostrando che quanto richiesto agli Stati nella fase di adesione all'Unione non solo non possa mai essere messo in discussione ma rappresenti, invero, solo il punto di partenza di un processo di integrazione europea in costante accrescimento.

**Abstract:** Il presente saggio si propone di leggere la pronuncia K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco intervenuta il 7 ottobre 2021 come l'inclemente esito dell'acuirsi e del contemporaneo intersecarsi negli ultimi anni di due differenti crisi: la crisi della democrazia costituzionale in Polonia e la crisi del processo di integrazione europea. La giurisdizionalizzazione dinanzi al *Trybunał Konstytucyjny* del confronto tra Bruxelles e Varsavia evidenzia, infatti, come gli sforzi messi in atto dalle istituzioni europee dinanzi alle perpetrate violazioni dello Stato di diritto poste in essere a partire dal 2015 dal Governo polacco a guida PiS, in particolare in tema di riforme del sistema giudiziario, non siano serviti ad evitare uno scontro frontale, consumatosi con la pronuncia citata, che pare gettare significative ombre, da un lato, sul futuro democratico della Polonia e, dall'altro e conseguentemente, sul percorso di integrazione dell'Unione europea stessa.

**Abstract:** The present essay aims to read the ruling K 3/21 of the Polish Constitutional

---

<sup>152</sup> G. Battaglia, *La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'“onda lunga” del caso Repubblica*, in *Giustizia Insieme*, 5 novembre 2021; A. Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, cit., pp. 89-93.

Tribunal that took place on 7 October 2021 as the inclement outcome of the sharpening and simultaneous intersection in recent years of two different crises: the crisis of constitutional democracy in Poland and the crisis of the European integration process. The jurisdictionalisation before the *Trybunał Konstytucyjny* of the confrontation between Brussels and Warsaw shows, in fact, how the efforts made by the EU institutions in the face of the violations of the rule of law carried out since 2015 by the Polish PiS-led Government, in particular in terms of reforms of the judicial system, have not served to avoid a frontal clash, consumed with the aforementioned pronouncement, which seems to cast significant shadows, on the one hand, on the democratic future of Poland and, on the other and consequently, on the path of integration of the European Union itself.

**Parole chiave:** Tribunale costituzionale polacco – Primato del diritto dell’Unione europea – crisi – democrazia costituzionale – integrazione europea.

**Key words:** Polish Constitutional Tribunal – Primacy of European Union law – crisis – Constitutional Democracy – European integration .

# AMBIENTE E COSTITUZIONE. L'EFFETTIVA GARANZIA DEI DIRITTI DEI CITTADINI ATTRAVERSO LA FRUIBILITÀ ED ACCESSIBILITÀ AI BENI PUBBLICI. IL CASO DELLA GAIOLA\*.

di Maria Chiara Girardi\*\*

**Sommario.** 1. Premessa. Il quadro di riferimento normativo – 2. La disciplina italiana delle aree marine protette. Notazioni. – 3. *Case study*: il Parco Sommerso di Gaiola. – 4. Conclusioni.

## 1. Premessa. Il quadro di riferimento normativo.

Il presente contributo analizza l'attuale disciplina dell'area marina protetta del Parco Sommerso di Gaiola, allo scopo di riflettere sul modello di gestione dell'area, e, più in generale, sulla normativa italiana di tutela delle aree marine protette.

Prima di entrare nel merito della questione, occorre, per ragioni di maggiore chiarezza espositiva, rappresentare il quadro normativo di riferimento, che trova le sue fonti giuridiche nella legislazione statuale. Naturalmente, sullo sfondo si pongono i principi costituzionali, in *primis* l'art. 9 Cost.<sup>1</sup>, ma anche gli artt. 1, 3, 32 e 42 Cost.

Lo studio si articola tra l'analisi dell'organizzazione dei poteri, del relativo sistema delle fonti, la questione dell'accessibilità e della fruizione dei beni pubblici<sup>2</sup> e la relativa tutela dei diritti dei cittadini.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Dottoranda in *Diritti umani. Teoria, storia e prassi*, presso il Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> Come modificato dal disegno di legge di riforma costituzionale approvato definitivamente dalla Camera dei deputati l'8 febbraio 2022, che aggiunge un ulteriore comma all'art. 9 Cost., sancendo esplicitamente la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle generazioni future (nonché la tutela degli animali).

<sup>2</sup> Sul tema, ampiamente, A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, spec. pp. 34 ss.

L'elenco ufficiale dell'aree marine protette (EUAP)<sup>3</sup> è composto da aree marine protette<sup>4</sup>, parchi nazionali, riserve naturali regionali e altre aree naturali protette nazionali e regionali. Tale regime di protezione mira, in particolare, a garantire e promuovere “in forma coordinata la più rigorosa conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale, culturale, storico e archeologico-architettonico, nonché della biodiversità del nostro Paese in aree geografiche (mare e coste) precisamente definite, ritenute strategiche ai fini della protezione di specie ed *habitat* vulnerabili”<sup>5</sup>.

Ciononostante, dallo studio dell'attuale regime giuridico vigente nel Parco Sottomarino di Gaiola, e più in generale, dall'analisi della normativa nazionale, emergono numerose criticità nei modelli di gestione delle aree marine protette, derivanti, in ispecie, dalle procedure di affidamento diretto, avulse dai circuiti della rappresentanza e dalla regola della concorrenza, da uno scarso coinvolgimento della cittadinanza attiva nella *governance* delle aree e da un sistema di tutela e valorizzazione dell'ambiente ancora basato su una visione statica della natura.

Ciò impedisce di conciliare la protezione dell'ambiente e le opportunità di ricerca scientifica con le esigenze di accessibilità e fruizione collettiva delle aree, nonché di sviluppo socio-economico dei territori.

Le inefficienze gestionali e lo scarso coinvolgimento della comunità locale sembrano derivare innanzitutto dalla inadeguatezza della - ormai “vetusta”<sup>6</sup> - normativa nazionale di riferimento<sup>7</sup>, che, peraltro, mal si concilia con la regolamentazione internazionale<sup>8</sup> ed

<sup>3</sup> Cfr. S. D'Antoni, S. Ercole, L. Nazzini e S. Properzi, *Aree marine protette*, in *annuario.isprambiente.it*, 2019.

<sup>4</sup> In cui rientrano anche i Parchi sommersi di Baia e Gaiola, istituiti dall'art. 114, c. 10, l. n. 388/2000.

<sup>5</sup> Così L. Petrelli, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2021, p. 3.

<sup>6</sup> Per citare solo qualche esempio, all'epoca ancora non era entrata in vigore la Convenzione sulla diversità biologica di Nairobi del 1992, né la direttiva europea 2008/56/CE, contenente la strategia dell'Unione per le aree marine protette.

<sup>7</sup> Si tratta, in particolare, delle leggi n. 979/1982 e n. 394/1991. In dottrina, cfr. R. Cattaneo Vietti e L. Tunesi, *Le aree marine protette in Italia. Problemi e prospettive*, Roma, Aracne, 2007, *passim*; L. Micciché, *Aree marine protette e parchi archeologici sommersi*, in W. Cortese (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Atti del convegno di Lampedusa, 21-23 giugno 2007, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 213 ss.; A. Crosetti, *Le aree protette tra conservazione e valorizzazione, tra omogeneità e differenziazione*, in W. Cortese (a cura di) *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, cit., pp. 147 ss.; G. Spera, *Spunti in materia di aree marine protette*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, pp. 786 ss.; G. Garzia, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo “sviluppo sostenibile”*, in *Quaderni della rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, n. 24/2011, pp. 29 ss. Nonché, da ultimo, M. Roversi Monaco, *La pianificazione marittima in Italia: un percorso in atto*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018, p. 2 ss.

<sup>8</sup> Come, a titolo esemplificativo, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1994; la Convenzione di Barcellona per la protezione dell'ambiente marino e delle regioni costiere del Mediterraneo del 1995, o il protocollo sulle Aree Specialmente protette e la Biodiversità nel Mediterraneo

europea<sup>9</sup> e con gli ultimi obiettivi di sostenibilità ambientale espressi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)<sup>10</sup>.

## 2. La disciplina italiana delle aree marine protette. Notazioni.

Le aree marine protette sono disciplinate dalle leggi n. 979/1982 e n. 394/1991 e sono istituite, a seguito di un'istruttoria tecnica, con decreto del Ministro della transizione ecologica, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, che stabilisce la denominazione dell'area, ne fissa i confini, delinea gli obiettivi di conservazione e detta la relativa disciplina di tutela. Generalmente, esse sono rappresentate da un *habitat* marino avente particolare rilievo storico, archeologico, ambientale e culturale.

In particolare, si tratta di aree che “contengono una o più specie naturalisticamente rilevanti della flora e della fauna, ovvero presentino uno o più ecosistemi importanti per le diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche”<sup>11</sup> e che abbiano un rilevante interesse scientifico, ecologico, culturale, ed economico.

Le aree marine protette comprendono anche i relativi tratti costieri del demanio marittimo: tali risorse, per loro intrinseca natura, rientrano nel c.d. demanio necessario<sup>12</sup> e richiedono,

---

del 1995. Sul tema, in dottrina, cfr. F. Spadi, *Le aree protette nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/1998, p. 123 ss.; L. Pineschi, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. Ferrara e M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2014, p. 93 ss.

<sup>9</sup> A titolo esemplificativo, con la direttiva europea 2008/56/CE, *Direttiva quadro per la strategia sull'ambiente marino*. Sul punto cfr. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, On the progress in establishing marine protected areas (as required by Article 21 of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC)*, European Commission, Bruxelles, 1 January 2015; nonché la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita*, Bruxelles, 20 maggio 2020, COM (2020) 380 final. Oppure con la direttiva europea 92/43/CEE, in materia di tutela degli *habitat* naturali, semi naturali e della flora e della fauna selvatiche. Sul tema, in dottrina, cfr. P. Morrone, *Overlapping different regulatory regimes for the protection of marine Areas: the case of the institution of nature 2000 marine sites in Sardinia*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2017, p. 211 ss.

<sup>10</sup> Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), è stato approvato con il decreto-legge n. 152/2021 e convertito in l. n. 233/2021. Sul tema, in dottrina, soffermandosi su aspetti differenti, S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021; E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2/2021; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021.

<sup>11</sup> Cfr. art. 2, c. 3, l. n. 394/1991, rubricata *Legge quadro sulle aree marine protette*.

<sup>12</sup> I beni del demanio necessario sono disciplinati all'art. 822 c.c.: vi rientrano tutti i beni immobili che sono ritenuti demaniali *ipso facto*. In considerazione della natura demaniale, la destinazione di questi beni al

pertanto, particolari strumenti di tutela e di gestione, che, da una parte, garantiscano accessibilità e fruibilità collettiva da parte dei cittadini, e, dall'altra, mirino alla conservazione delle risorse ambientali e culturali.

Queste aree protette sono suddivise in zone, disciplinate in modo differente, a seconda delle peculiarità ambientali e del contesto socio-economico; tale suddivisione mira a proteggere le risorse di particolare pregio ambientale. Lo scopo è quello di graduare la protezione nelle diverse aree marine protette al fine di bilanciare le esigenze di conservazione e valorizzazione ambientale con quella, insita nei beni pubblici, di garantire la fruizione e l'accessibilità collettiva a tali risorse.

Nello specifico, la zona A, è considerata riserva integrale e in essa solitamente è consentito solo lo svolgimento di ricerche scientifiche. Nella zona B, di riserva generale, sono permesse diverse attività, che sono però disciplinate per mezzo di un regolamento predisposto dall'ente gestore, al fine di ridurre l'impatto ambientale. Tali zone possono anche distinguersi in zone cc.dd. B speciali, ove vige lo stesso regime delle zone B, ma sono vietate tutte le operazioni di prelievo delle risorse. Infine, nella zona C, di riserva parziale, sono sempre garantiti l'accesso e la fruizione all'area, ma secondo regole dettate dall'ente di gestione, al fine di ridurre i possibili danni all'*habitat* naturale.

D'altra parte, se l'individuazione delle aree marine protette avviene con legge, perché l'istituzione dell'area marina protetta sia effettiva, è necessario che la Direzione generale per il mare e le coste del Ministero della transizione ecologica acquisisca le adeguate conoscenze sulle risorse naturali e le attività ivi svolte. In tali operazioni il Ministero è coadiuvato da strutture esperte del settore: «gli studi sono generalmente distinti in due fasi: nella prima viene esaminata la letteratura esistente sull'area; nella seconda fase vengono effettuati gli approfondimenti necessari per un quadro conoscitivo concreto ed esaustivo»<sup>13</sup>. Ai fini dell'istituzione dell'area sono, inoltre, sentiti sia la regione che gli enti locali coinvolti ed è altresì necessario – ex art. 77, d.lgs. n. 112/1998 – ottenere il parere favorevole della Conferenza Unificata.

Talune attività, a prescindere dalla suddivisione in zone, sono comunque vietate nelle aree marine protette, perché ritenute potenzialmente pericolose per le caratteristiche ambientali

---

soddisfacimento della funzione pubblica costituisce un vincolo insuperabile ed è necessario proteggerli da uno sfruttamento indiscriminato; pertanto, sono considerati incommerciabili.

<sup>13</sup> Cfr. <https://www.mite.gov.it/pagina/aree-marine-protette>.

e gli scopi delle riserve naturali. In particolare, ai sensi dell'art. 19, c. 3, legge quadro n. 394/1991 sono sempre vietati: «a) la cattura, la raccolta e il danneggiamento delle specie animali e vegetali nonché l'asportazione di minerali e di reperti archeologici; b) l'alterazione dell'ambiente geofisico e delle caratteristiche chimiche e idrobiologiche delle acque; c) lo svolgimento di attività pubblicitarie; d) l'introduzione di armi, di esplosivi e ogni altro mezzo distruttivo e di cattura; e) la navigazione a motore; f) ogni forma di discarica di rifiuti solidi e liquidi». Ciononostante, il decreto istitutivo dell'area protetta può eccezionalmente derogare ai suddetti divieti in ragione delle peculiarità ambientali o delle attività socio-economiche ivi svolte.

L'affidamento in gestione delle aree marine protette avviene ad opera del Ministero della Transizione ecologica, sentita la regione e gli enti locali interessati<sup>14</sup>. Generalmente le aree sono affidate ad associazioni ambientaliste riconosciute, enti pubblici o istituti scientifici. Inoltre, l'art. 28, l. n. 979/1982 e l'art. 2, c. 16, l. n. 426/1998 prevedono l'istituzione della c.d. Commissione di riserva, un organo che svolge funzioni consultive in merito alla gestione dell'area.

Essa è composta<sup>15</sup> da un rappresentante del Ministero della Transizione Ecologica e uno della Capitaneria di porto, da esperti del Ministero stesso, della regione e dei Comuni interessati, nonché da esperti nominati dalle associazioni ambientaliste riconosciute e dall'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale.

La Commissione esprime il proprio parere sulle proposte dell'ente gestore, in particolare sul regolamento di esecuzione del decreto istitutivo e di organizzazione dell'area<sup>16</sup>, nonché sulle previsioni di finanziamento delle attività da svolgere.

L'ente gestore deve infatti dotarsi di un Regolamento di disciplina delle attività consentite nell'area<sup>17</sup>, recante la suddivisione delle diverse zone e l'indicazione delle specifiche attività consentite. Tale Regolamento è approvato dal Ministero della Transizione ecologica, previo parere del Consiglio di Stato<sup>18</sup>, ma ogni anno può essere integrato da un disciplinare contenente eventuali normative di dettaglio.

<sup>14</sup> Ai sensi delle leggi n. 979/1982, n. 394/1991 e n. 426/1998.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 2, c. 339, l. n. 244/2007.

<sup>16</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 18, cc. 6 e 7, l. n. 979/1982.

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 19, c. 5, l. n. 394/1991.

<sup>18</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 17, l. n. 400/1988. Cfr. Corte cost., sent. n. 1031/1988, che consente la predisposizione di regimi differenziati all'interno delle aree marine protette.



### 3. Case study: il Parco Sommerso di Gaiola.

L'area marina protetta del Parco Sommerso di Gaiola è un territorio di elevato pregio storico, culturale e ambientale che si trova nel Comune di Napoli e si estende per circa 42 ettari.

Con delibera n. 300 del 5 luglio 2021, la giunta comunale di Napoli prendeva atto dell'Accordo biennale di collaborazione, sottoscritto ai sensi dell'art. 15, l. n. 241/1990 e successive modifiche, tra il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare attraverso il soggetto gestore del Parco Sommerso di Gaiola, l'autorità di sistema portuale del Mar Tirreno centrale e il Comune di Napoli nella persona dell'assessore alle libertà civili e alla salute.

Si tratta di un accordo biennale inter-istituzionale stipulato in data 21 maggio 2021 che ha ad oggetto, nello specifico, un'area del Parco Sommerso di Gaiola, ovvero quell'area individuata quale zona B, che insiste su un'area individuata dal Comune di Napoli quale Spiaggia libera attrezzata nel sistema di balneazione della Città.

In merito, occorre ricordare che il Comune di Napoli, come sottolineato nella succitata delibera, è il soggetto che, in via generale, ha la competenza per i servizi di balneazione pubblica.

Dunque, per quanto attiene al ruolo istituzionale del Comune di Napoli ed alle sue competenze specifiche, il suo obiettivo, in merito all'oggetto della delibera e soprattutto dell'accordo biennale è quello di consentire ed agevolare la fruibilità della zona B, considerata «spiaggia libera attrezzata nel sistema di balneazione della Città».

L'atto in oggetto, come sottolineato altresì dalle osservazioni del Segretario generale del Comune di Napoli, ha implicazioni di carattere prevalentemente gestionale.

Ciò significa che, per quanto attiene alle competenze ed alle responsabilità comunali, si tratta di un sostanziale affidamento diretto, *ex lege*, della spiaggia libera ad un soggetto terzo, privato.

Affidamento e gestione devono tuttavia muoversi in linea e nel rispetto della natura del bene stesso e soprattutto, in armonia con la sua funzione, ovvero l'accessibilità e la fruibilità.

La sostanza di tale delibera, che ratifica un accordo già perfezionato, è costituita, come si

è detto, dall'accordo di collaborazione stipulato ai sensi dell'art. 15, l. n. 241/1990, ovvero la norma che prevede che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

L'istituzione del Parco Sommerso di Gaiola, area naturale protetta di rilievo nazionale, avviene con decreto interministeriale del 7 agosto 2002, ai sensi della legge quadro sulle aree protette n. 394/1991 e della l. n. 979/1982, per la difesa del mare, in attuazione di quanto previsto dall'art. 114, c. 10, l. n. 388/2000.

Tale ultimo articolo dispone che il Parco Sommerso di Gaiola sia affidato in gestione, con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti la Regione e gli enti locali territorialmente interessati, ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute, anche consorziati tra loro.

Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, con il decreto di istituzione del Parco Sommerso di Gaiola, ha affidato la gestione provvisoria del medesimo (prevista sino alla individuazione dell'ente gestore definitivo ex art. 14 l. n. 388/2000) alla Soprintendenza dei beni archeologici e ambientali delle province di Napoli e Caserta.

In virtù di un'intesa con la Soprintendenza, dal 2005 il Centro Studi Interdisciplinari Gaiola onlus si è occupato della tutela, riqualificazione e valorizzazione dell'area, in collaborazione con istituti universitari ed enti di ricerca, nonché con studiosi e attivisti del Comune di Napoli.

Successivamente, al Centro studi interdisciplinari Gaiola Onlus, riconosciuto come Associazione di protezione ambientale ai sensi dell'art. 13 l. n. 349/1986, viene assegnata la gestione del parco, a trattativa privata, ovvero mediante affidamento diretto, ai sensi del d.m. n. 128/2019<sup>19</sup> del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali.

L'affidamento in gestione ha la durata di nove anni ed è rinnovabile mediante espresso provvedimento del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

L'art. 102, cc. 1 e 4, codice dei beni culturali affida all'ente gestore, nel rispetto dei principi generali del codice e compatibilmente con lo svolgimento degli scopi istituzionali cui detti beni sono destinati, la funzione di assicurarne una fruizione e una valorizzazione adeguata. Pertanto, a carico dell'ente gestore vi è l'obbligo di porre in essere tutto ciò che risulti

---

<sup>19</sup> Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 125 del 30 maggio 2019.

necessario per assicurare la fruizione e quindi, nel caso di specie, l'accessibilità del bene.

Il tema dell'accessibilità e della fruibilità si pone in particolare nella zona B del parco, trattandosi di un'area di balneazione pubblica (spiaggia libera attrezzata) individuata dal Comune di Napoli.

In relazione alla zona B, il decreto interministeriale del 2002, istitutivo del Parco, ha stabilito il divieto di navigazione libera, ancoraggio, ormeggio, pesca professionale, sportiva e subacquea, mentre consente espressamente la balneazione e le immersioni in apnea, la navigazione a motore ai natanti e alle imbarcazioni, le navigazioni a motore per attività turistiche collettive, l'ormeggio in zone individuate e opportunamente attrezzate con gavitelli e ormeggi, nonché la pesca professionale e sportiva, sempre in zone predeterminate.

La *ratio* della istituzione della zona B è dunque quella di tutelare l'ambiente, ma allo stesso tempo di garantire la balneazione e regolamentare tutta una serie di attività, che vengono sono consentite, ma in modalità che impattino il meno possibile sull'ambiente.

Pertanto, la gestione del Parco deve muoversi nell'ambito delle linee guida poste dalla normativa nazionale, che parla in particolare di fruibilità del bene affidato in gestione, e compatibilmente ed in armonia con la funzione assegnata dal Comune.

Si parla dunque di gestione a sovranità limitata, nel senso che si abbassa il livello di discrezionalità dell'ente gestore nelle sue scelte di *governance*.

D'altronde sarebbe anomalo se le scelte di *governance* fossero affidate *in toto* all'ente gestore, tra l'altro scelto, come visto, senza alcuna forma di competizione.

In fase pandemica sono stati dall'ente gestore adottati due protocolli: il n. 24 del 17 maggio 2020 e il n. 6 del 25 gennaio 2021, fortemente restrittivi in materia di accessibilità e fruibilità del bene.

Si aspetta ora, in una fase di contrazione del fenomeno pandemico ed andando verso la stagione estiva, un protocollo di gestione meno restrittivo e soprattutto in armonia con la normativa statale e comunale che ha competenza generale in materia di balneazione.

Anche il protocollo n. 9333 del 30 gennaio 2021 della Direzione generale per il mare e le coste del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM), va aggiornato e ritenuto superato in quando il suo spirito risente della piena fase pandemica nel quale è stato adottato.

Le finalità contenute nel protocollo in oggetto, relative all'accesso ed alla fruizione

pubblica dell'area di balneazione della zona B del Parco Sommerso, fissano quali priorità la sostenibilità ambientale<sup>20</sup>, la tutela del patrimonio culturale, la sicurezza pubblica, il decoro e la vivibilità<sup>21</sup>.

Questi elementi non possono costituire i valori e le finalità della gestione, ma unicamente i requisiti e le precondizioni per garantire una soddisfacente fruibilità ed accessibilità.

Tutela e sicurezza non sono valori dominanti, ma soltanto strumenti per garantire le vere finalità ovvero soddisfare i diritti fondamentali dei cittadini di potere godere dell'area.

Tra l'altro, come ben chiarito dalla normativa nazionale, e soprattutto come si evince dai principi fondativi dello statuto del Comune di Napoli<sup>22</sup>, gli obiettivi e le finalità dovrebbero essere ben altre.

Invece, il Regolamento del Parco prevede un accesso contingentato. Il Parco è aperto tutti i giorni dalle ore 10.00 alle ore 15.00 nei mesi di gennaio, febbraio e dicembre; dalle ore 10.00 alle ore 17.00 nei mesi di marzo, aprile, ottobre e novembre; dalle 9.00 alle 18.00 nei mesi da maggio a settembre. L'accesso è consentito a massimo cento persone, previa prenotazione online o registrazione all'ingresso.

Al contrario, il Comune, sulla base delle sue competenze, dovrebbe porre quale suo obiettivo che il bene sia gestito dall'ente gestore nel rispetto dell'art. 3, c. 2 dello Statuto<sup>23</sup>, che afferma che «il Comune di Napoli, anche al fine di tutelare le generazioni future, riconosce i beni comuni in quanto funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico e ne garantisce il pieno godimento nell'ambito delle competenze comunali».

Al contempo, le delibere nn. 17 e 251 del 2013 della Giunta del Comune di Napoli hanno attuato, rispettivamente, un *Regolamento per la disciplina dei beni comuni* e una *Carta dello spazio pubblico*, che disciplinano i beni comuni e la possibilità di accesso, fruizione e godimento degli stessi da parte della cittadinanza, secondo un utilizzo non esclusivo che favorisca lo sviluppo sociale della collettività<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> La Corte costituzionale nelle sentt. nn. 210 e 641 del 1987 ha precisato che l'ambiente è «un bene giuridico riconosciuto e tutelato da norme» e la sua protezione rappresenta un «diritto fondamentale della persona umana [...], valore costituzionale primario».

<sup>21</sup> Peraltro, nell'ambito degli obiettivi dell'Agenda ONU 2030, l'obiettivo 14 prevede la conservazione del mare e delle risorse marine a fini di protezione dell'ecosistema marino e costiero. L'obiettivo è, dunque, un utilizzo più sostenibile delle risorse marine, compresa la gestione della pesca, dell'acquacultura e del turismo.

<sup>22</sup> Lo Statuto è stato approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Napoli, n. 1 del 16 ottobre 1991.

<sup>23</sup> Così come modificato con delibera del Consiglio comunale di Napoli, n. 24 del 22 settembre 2011.

<sup>24</sup> Sul tema, cfr. A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Napoli, Dissensi, 2011, *passim*.

Inoltre, con la delibera n. 258/2014 il Comune ha poi stabilito, sulla base di uno studio condotto dall'Osservatorio sui beni comuni della Città di Napoli, le procedure per l'individuazione e la gestione collettiva dei beni pubblici, evidenziando come l'azione amministrativa debba essere rivolta al prevalente interesse pubblico, dando così effettività alla funzione sociale della proprietà pubblica sancita dall'art. 42 Cost.

Ebbene, questo impianto normativo ed amministrativo sembra del tutto sfuggire negli atti posti in essere per la gestione della zona B del parco della Gaiola.

L'area *de qua* è trattata come un bene *escludente*, il gestore è scelto, sulla base del dato normativo, con logiche estranee alla regola di concorrenza e soprattutto è violata la delibera sulla democrazia partecipativa<sup>25</sup> che, in merito alla gestione dei beni comuni, richiede determinate procedure<sup>26</sup>.

In particolare, la citata delibera – finalizzata alla tutela dei beni comuni e dell'autosostenibilità degli stessi – prevede<sup>27</sup> che l'ente gestore individui con metodo partecipato le utilità di ciascun bene comune e le modalità di fruizione da parte di tutti o di alcune categorie di cittadini, nel rispetto della legalità costituzionale, agendo con criteri di

<sup>25</sup> Delibera del Consiglio comunale di Napoli n. 8 del 18 aprile 2012.

<sup>26</sup> In particolare, la citata delibera sottolinea la particolare rilevanza della costruzione di modelli di democrazia partecipata, da svilupparsi mediante consultazioni, incontri con le comunità, comitati civici e cittadinanza attiva. È infatti evidenziato che se i beni pubblici debbono soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti sociali e civili, allora «essi non possono che essere affermati e gestiti attraverso percorsi politici partecipati, che siano la sintesi delle proposte e delle istanze delle persone» (p. 7 della delibera). Sono poi richiamati i principi costituzionali (a partire dall'art. 1 Cost.); l'art. 8, d.lgs. n. 267/2000, secondo cui i comuni debbono promuovere organismi di partecipazione popolare e procedure per l'ammissione di petizioni, istanze e proposte di cittadini singoli e associati «dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi»; il Trattato di Lisbona, che «mira a garantire un maggiore coinvolgimento dei cittadini, che mediante la cosiddetta "partecipazione popolare" possono invitare la Commissione a presentare nuove proposte su materie in merito alle quali ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati» (p. 7 della delibera); la convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con legge n. 108 del 2001, tesa alla promozione di una «democrazia ambientale» (e il diritto a un ambiente salubre), mediante la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale (peraltro, la delibera richiama specificamente gli artt. 7 ss. della convenzione che stabiliscono altresì le relative procedure per un'effettiva partecipazione del pubblico); il Libro Bianco – *Governance* europea (Bruxelles, 5 agosto 2001), che tra i cinque principi posti alla base di una buona *governance* democratica pone la partecipazione. Partendo da tali dati normativi, nella citata delibera si evidenzia la necessità che l'Amministrazione si conformi ai principi di democrazia e diretta partecipazione dei cittadini; in tale ottica, si ritiene necessaria la valorizzazione di associazioni e altre forme di aggregazione dei cittadini. In particolare, il percorso di democrazia partecipativa andrebbe attuato (p. 9 della delibera), mediante la configurazione di: un'Assemblea, quale organo propositivo delle istanze dei cittadini, i quali possono direttamente manifestare le proprie idee per la città di Napoli; sei Consultazioni, a cui sono affidate delle macro-tematiche che vengono poi indirizzate alle strutture amministrative centrali competenti; un vero e proprio «Laboratorio Napoli» teso all'«accoglimento e alla valorizzazione del desiderio partecipativo della comunità territoriale», così da porsi quale «fucina nella quale troveranno spazio processi elaborativi di base, proposte dal basso, forme di sintesi per la promozione, gestione, valorizzazione» dei beni pubblici (p. 9 della delibera).

<sup>27</sup> Ivi, spec. p. 10.

inclusività, di trasparenza e di partecipazione da parte dei cittadini, anche nell'individuazione dei siti e delle aree funzionali a garantire un accesso e una fruizione pubblica<sup>28</sup>.

A tal fine è prevista l'attivazione, da parte dell'Assessorato ai Beni comuni dei bandi per progetti didattico-educativi che riconoscono Napoli come bene comune, rivolti alle classi delle scuole primarie e secondarie di primo e secondo grado, l'individuazione e la predisposizione di un elenco dei beni di proprietà comunale non a reddito o del demanio pubblico, potenzialmente affidabili in gestione, nonché la previsione di un protocollo di responsabilità che disciplini di volta in volta l'utilizzo dei singoli beni individuati per lo svolgimento delle attività di volta in volta stabilite.

L'impressione è che si tratti di un modello Stato-centrico e, di fatto, monopolistico, che non tiene conto assolutamente delle citate delibere, nonché delle delibere n. 893/2015 e n. 446/2016 del Comune di Napoli – che sottolineano l'importanza dell'accesso e della fruizione collettiva dei beni comuni, tra cui prima di tutto le risorse naturali e che prevedono delle procedure partecipate che diano la possibilità ai cittadini di esprimersi, cosa che non accade nei cc.dd. *tavoli tecnici*.

L'area B è trattata, secondo una antica e superata concezione del patrimonio naturale, ovvero secondo una visione estetizzante ma non come un bene teso ad ampliare ma soprattutto a garantire i diritti dei cittadini che nel caso di specie significa piena fruibilità.

Il modello dei beni comuni che contrassegna la politica sui beni pubblici del Comune di Napoli, inoltre, prova sui beni pubblici a sperimentare modelli di autoproduzione inclusivi, dando la possibilità ai cittadini di organizzarsi sotto l'egida del Comune.

In tal senso, va osservato il modello dell'ex Asilo Filangieri<sup>29</sup>, che si basa su processi

<sup>28</sup> In argomento, tra i primi, Id., *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, in *Quale Stato*, n. 1/2007, p. 3 ss.

<sup>29</sup> Con la delibera della Giunta di Napoli del 25 maggio 2012, n. 400, l'ex Asilo Filangieri viene destinato a vero e proprio laboratorio culturale al fine di sperimentare e garantire svolgimento di processi partecipativi, articolati attraverso una programmazione delle attività e del conseguente utilizzo e gestione degli spazi da parte dei lavoratori dell'immateriale» garantendo una forma democratica di gestione in coerenza con una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 43 Cost., al fine di agevolare la formazione di una prassi costitutiva di uso civico del bene comune, da parte della comunità dei lavoratori. Successivamente, con delibera della Giunta di Napoli del 29 dicembre 2015, n. 893 gli spazi dell'ex Asilo Filangieri sono stati inseriti nello schema concettuale, giuridico ed operativo ispirato agli usi civici al fine di garantire un governo pubblico, partecipato e condiviso dei servizi pubblici, beni comuni e utilità collettive e al fine di proteggere e valorizzare i beni funzionali alla tutela ed allo sviluppo dei diritti fondamentali. Sul tema, in dottrina, cfr. N. Capone, *Del diritto d'uso civico e collettivo dei beni destinati al godimento dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 4/2016, p. 597 ss.; nonché, da ultimo, G. Vosa, *Autonomia territoriale e tutela dei beni comuni*:

partecipativi e una gestione democratica dello spazio pubblico, al fine di proteggere e valorizzare beni funzionali allo sviluppo dei diritti fondamentali della collettività.

Il rischio, invece, nel caso del Parco Sommerso di Gaiola, è che un soggetto gestore<sup>30</sup> tenda ad atteggiarsi a vero proprietario, emarginando il Comune che in materia di balneazione gode di competenze generali e attuando procedure tutt'altro che trasparenti e partecipate.

Infatti, a differenza delle altre aree marine protette, il Parco illegittimamente non prevede (nel decreto di affidamento in gestione, né in alcun atto normativo successivo) la presenza della c.d. Commissione di Riserva (prevista dall'articolo 28, c. 3, l. n. 979/1982, e successive modificazioni, da ultimo con l'art. 2, c. 339, l. n. 244/2007, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)* che ha modificato la composizione delle Commissioni di Riserva previste, lasciandone invariati i compiti e le finalità), ossia l'organo di supporto nella gestione, costituito da rappresentanti delle associazioni ambientaliste e della realtà locale.

In particolare, come anticipato<sup>31</sup>, la Commissione di Riserva andrebbe istituita presso l'ente cui è delegata la gestione dell'area marina protetta, allo scopo di formulare proposte e suggerimenti relativi al funzionamento della riserva e di dare il proprio parere sulla proposta di regolamento di esecuzione del decreto istitutivo e di organizzazione della riserva e sulle previsioni relative alle spese di gestione.

La mancata previsione della stessa rende dunque difficile l'interlocuzione con i cittadini e l'espressione di istanze da parte della collettività e non consente una gestione partecipata<sup>32</sup>, ma soprattutto trasparente.

---

*riflessioni sulla potestà normativa comunale a partire dalla vicenda dell'(ex) Asilo Filangieri*, in *Nomos*, in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> Dunque, il soggetto che, quale proprietario, possessore o detentore a qualunque titolo, viene incaricato di porre in essere attività legate alla gestione e alla regolamentazione del bene nei limiti previsti dalla legge. In particolare, la gestione delle Aree Marine Protette è affidata, con specifico provvedimento, ad enti pubblici, istituzioni scientifiche o associazioni ambientaliste riconosciute, anche consorziate tra loro. Diverso è il caso delle concessioni con cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi o di realizzare opere. Sulla natura delle concessioni si rinvia, su tutti, a O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, spec. p. 25 ss.

<sup>31</sup> V. *infra* par. 2.

<sup>32</sup> Su questi temi, cfr. *ex multis*, S. Lieta, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, spec. p. 68 ss.; A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, n. 1/2015; E. Castorina, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancata*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017.



In questo senso, dunque, la gestione può svolgersi in modo del tutto arbitrario.

#### 4. Conclusioni.

L'attuale modello di *governance* del Parco Sommerso di Gaiola evidenzia le difficoltà di assicurare una gestione efficiente delle aree marine protette, in grado di conciliare le esigenze di tutela dell'ambiente naturale e di ricerca scientifica, con gli altri interessi pubblici in campo, connessi alla natura del bene e, in ispecie, con la necessità di assicurare accessibilità e fruizione del bene ai cittadini.

Le criticità riscontrate sono ascrivibili, innanzitutto, al quadro normativo nazionale di riferimento, che non prevede un adeguato coinvolgimento della società civile, non si raccorda con l'ordinamento normativo internazionale ed europeo, e le cui procedure sono spesso incoerenti e inadatte a rappresentare la sovranità popolare.

In particolare, “si evidenzia una generale difficoltà nello sviluppare, nell'ambito di un approccio internazionale ed europeo, una *vision* olistica e proattiva, impostata su criteri di efficienza, tra vincoli e divieti a difesa dell'ambiente, da un lato, ed opportunità di ricerca scientifica e di sviluppo economico e sociale dell'area, dall'altro, resa evidente da una serie di indicatori, tra i quali: a. la scarsa rappresentatività del sistema nazionale delle AMP in *network* internazionali [...]; b. la mancanza di uno strumento di raccordo organico, a livello nazionale, tra le AMP, i siti marini di interesse comunitario istituiti nell'ambito della rete ecologica c.d. Natura 2000 e le zone costiere [...]; c. difficoltà nella progettazione, sviluppo e realizzazione di programmi di ricerca”<sup>33</sup>.

Le procedure istitutive e organizzative delle aree marine protette, disciplinate dalle leggi n. 979/1982 e n. 394/1991, non paiono coerenti, né rispettose della regola della concorrenza, intesa in senso democratico, ossia secondo una prospettiva costituzionalmente orientata<sup>34</sup>. Le finalità delle aree marine protette, tese alla tutela delle risorse naturali in chiave dinamica, in un'ottica di interazione tra natura, cultura, lavoro e sviluppo socio-economico

<sup>33</sup> Cfr. L. Petrelli, *Quale futuro per le aree marine protette?*, cit., p. 8.

<sup>34</sup> In questo senso, A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2018; A. Lucarelli, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici* in *Giur. cost.*, n. 6/2020; Id., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 2021.

di un territorio, dovrebbero garantire la conservazione e la valorizzazione dell'ecosistema a vantaggio della collettività sociale<sup>35</sup>.

Dallo studio di caso della Gaiola emerge la necessità di un riassetto normativo urgente, volto a ridare coerenza al quadro giuridico di salvaguardia delle aree marine protette, nel rispetto degli scopi di tutela ambientale, degli obiettivi assunti a livello internazionale ed europeo e degli interessi della collettività connessi al godimento di un bene pubblico<sup>36</sup>.

A tal fine, un ruolo rimarchevole sembra svolto dalla Commissione di Riserva, rappresentativa dei diversi interessi in gioco, ma di cui non v'è traccia nel modello di gestione del Parco Sommerso di Gaiola.

Contestualmente, parrebbe utile rafforzare la partecipazione dei cittadini a vari livelli, promuovendo una relazione dinamica tra ambiente e cittadini, «tra promozione dell'educazione ambientale, della conoscenza degli ambienti marini-costieri e sviluppo socio-economico dell'area, tra salvaguardia delle tradizioni e della cultura della collettività locale ed innovazioni tecnologiche<sup>37</sup>. In altre parole, conservazione della natura e valorizzazione culturale, economica e sociale delle risorse ambientali» sono un elemento connotativo della salvaguardia degli interessi dei cittadini. In tale prospettiva, procedure di affidamento diretto sganciate dai circuiti della rappresentanza e dalla regola della concorrenza e modelli di gestione delle risorse naturali non inclusivi non sembrano poter garantire la valorizzazione dell'ambiente in un'ottica democratica.

Di tali disfunzioni la Gaiola ne è certamente un esempio emblematico. Dal Disciplinare di Regolamentazione delle attività del relativo Parco Sommerso emerge in modo evidente come le ragioni di conservazione ambientale e le opportunità di ricerca scientifica abbiano completamente soppiantato gli altri interessi pubblici coinvolti, anche nella c.d. zona B, impedendo, di fatto, un effettivo godimento della risorsa da parte dei cittadini. Al contrario, la zona B, nella normativa nazionale, sembrerebbe istituita allo scopo di consentire la fruizione e l'accessibilità collettiva dell'area antistante la riserva integrale (zona A), pur nell'intendimento di ridurre l'impatto ambientale.

---

<sup>35</sup> Cfr. M. Pascual, M. Rossetto, E. Ojea, N. Michakova, S. Giakoumi, S. Kark, D. Korolesova e P. Melia, *Socioeconomic impacts of marine protected areas in the Mediterranean and Black Seas*, in *Ocean & Coastal Management*, n. 133/2016, p. 3 ss.

<sup>36</sup> Sul tema, cfr. A. Charles e L. Wilson, *Human dimensions of Marine Protected Areas*, in *ICES Journal of Marine Science*, vol. 1, n. 66/2009, p. 6 ss.

<sup>37</sup> In questo senso, cfr. E. Falcone, *Il raccordo fra la valorizzazione naturalistica e lo svolgimento di attività produttive compatibili nei parchi naturali: ipotesi di ricostruzione sistematica*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 635 ss.

La *ratio* della disciplina delle aree marine protette dovrebbe, allora - mediante la promozione di progetti di rigenerazione delle coste e di processi di democrazia partecipativa, volti al coinvolgimento della cittadinanza nelle iniziative di conservazione e valorizzazione delle risorse ambientali - tendere allo sviluppo di usi compatibili con l'esigenza di tutela delle aree a rischio depauperamento. Solo così, in territori come la Gaiola, è possibile riqualificare le coste e l'ambiente marino, garantendo, allo stesso tempo, la riappropriazione delle risorse naturali da parte dei cittadini.

**Abstract:** Il contributo analizza l'attuale modello di gestione dell'area marina protetta del Parco Sottomarino di Gaiola, allo scopo di analizzarne le criticità e, più in generale, di evidenziare i limiti della normativa italiana di tutela delle aree marine protette. Dallo studio emerge, infatti, la necessità di un riassetto normativo della materia, volto a ridare coerenza al quadro giuridico di salvaguardia delle aree marine protette, nel rispetto degli scopi di tutela ambientale, degli obiettivi assunti a livello internazionale ed europeo e degli interessi della collettività connessi al godimento di un bene pubblico quale il mare.

**Abstract:** The article analyses the current management model of the marine protected area of the Parco Sottomarino di Gaiola, in order to analyse its criticalities and, more generally, to highlight the limits of the Italian legislation for the protection of marine protected areas. From the study emerges, in fact, the need for a regulatory reorganization of the matter, aimed at restoring consistency to the legal framework of protection of marine protected areas, in accordance with the purposes of environmental protection, the objectives assumed at international and European level and the interests of the community related to the enjoyment of a public good such as the sea.

**Parole chiave:** Aree marine protette – Parco Sottomarino di Gaiola – beni pubblici – ambiente.

**Key words:** Marine Protected Areas – Parco Sottomarino di Gaiola – public goods – environment.

## IL DIBATTITO PUBBLICO: PROFILI EVOLUTIVI. DAL PRINCIPIO GIURIDICO ALL'ATTUAZIONE PRATICA \*.

di Nicola Dentamaro \*\*

**Sommario.** 1. Le premesse all'istituto del dibattito pubblico: cenni evolutivi della partecipazione al procedimento amministrativo. – 2. La disciplina del dibattito pubblico nel Codice dei contratti pubblici e nel d.P.C.M. d'attuazione n. 76/2018. – 2.1. (*Segue*) La Commissione nazionale per il dibattito pubblico. – 3. L'esperienza pugliese e la legge sulla partecipazione n. 28/2017. – 4. Brevi annotazioni conclusive: effettività ed efficacia della partecipazione pubblica e interrogativi processuali.

199

### 1. Le premesse all'istituto del dibattito pubblico: cenni evolutivi della partecipazione al procedimento amministrativo.

La partecipazione ai processi di governo e di gestione del territorio è sempre stato un tema particolarmente avvertito dalle comunità locali, ancor prima che si arrivasse a parlare in generale di partecipazione al procedimento amministrativo. Esse hanno sempre cercato di assumere un ruolo di garante-conservatore del proprio territorio, ogni qual volta decisioni politiche e/o amministrative e/o imprenditoriali potessero in qualche modo generare una mutazione o trasformazione importante delle aree attraverso la localizzazione di opere impattanti, sia dal punto di vista urbanistico che ambientale. Non a caso, intorno all'inizio degli anni '80 l'*American Nuclear Society* coniò il suggestivo termine NIMBY, acronimo di *not in my backyard* (*non nel mio cortile*), per descrivere la posizione delle popolazioni locali che si opponevano alla installazione di impianti nucleari<sup>1</sup>.

La cristallizzazione normativa di tale avvertita esigenza si ebbe già a partire dalla legge urbanistica del 1942, in cui era previsto il deposito del progetto di piano (adottato dal consiglio comunale) nella segreteria comunale per 30 giorni consecutivi, non senza

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Avvocato del Foro di Bari – Collaboratore alla cattedra di Diritto pubblico del Dipartimento di Economia e Finanza – Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

<sup>1</sup> v. G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, p. 604 ss.

prescrivere anche modalità che lo rendessero noto, riconoscendo a «chiunque» la possibilità di prenderne visione e alle «associazioni sindacali e agli altri enti pubblici e istituzioni interessate» la facoltà di presentare osservazioni in merito.

Fu, dunque, proprio il legislatore *urbanistico* ad introdurre un primo istituto partecipativo all'interno del procedimento amministrativo, sintomo della emergente consapevolezza che alla questione dell'uso del suolo ineriscono interessi trascendenti di gran lunga quelli proprietari e riferibili in senso lato alle comunità territoriali, talvolta all'intera comunità nazionale. Tuttavia, per quanto la disposizione fosse certamente innovativa e avanzata per l'epoca, essa prevedeva un doppio limite legato alla natura dei soggetti abilitati a presentare osservazioni e all'interesse riconoscibile in capo agli stessi.

Quando, a partire dalla seconda metà degli anni '70 del Novecento, in materia urbanistica cominciò ad essere esercitata la competenza concorrente delle Regioni, le varie leggi regionali di settore *aggiornarono* quella previsione, tutte più o meno statuendo (come ad esempio l'art. 16 l. reg. Puglia n. 56/1980) che «chiunque» potesse presentare osservazioni «nell'interesse pubblico e/o coerenti agli obiettivi e criteri di impostazione del PRG», eliminando, quindi, il precedente limite soggettivo, ma non quello oggettivo che, pur se espresso in termini generali – se non proprio generici – scontava le ben note difficoltà legate alla definizione e individuazione dell'interesse pubblico.

La legge n. 241/1990, come noto, segnò un salto di qualità rispetto alla legislazione di settore fin qui brevemente descritta lì dove, più in particolare, all'art. 9 stabiliva che per qualsiasi procedimento amministrativo «qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento».

Il principio partecipativo, dunque, assurgeva dapprima a principio generale dell'ordinamento<sup>2</sup> – così come altri principi tipizzati dalla legge sul procedimento amministrativo – per poi configurarsi, in ragione del suo stretto legame con il principio

---

<sup>2</sup> cfr., tra gli altri, G. Colavitti, *Il “dibattito pubblico” e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 9 aprile 2020, spec. p. 9 ss. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente affermato che la partecipazione costituisce principio informatore del diritto amministrativo contemporaneo (*ex multis*, fra le prime, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 132 del 2 febbraio 1996; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 569 del 25 settembre 1998, e Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 2823 del 22 maggio 2001).

democratico, a vero e proprio principio costituzionale, nella forma specifica della “democrazia partecipativa”<sup>3</sup>.

In verità, la Commissione Nigro<sup>4</sup> aveva proposto anche altro, ossia apposite norme partecipative per i procedimenti che attenevano alla localizzazione di centrali energetiche e di opere pubbliche incidenti in modo rilevante sull’economia e sull’assetto del territorio e che riguardavano una notevole moltitudine di cittadini, specie quelli residenti in zone interessate dall’adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici. Tale proposta fu originariamente inserita nel punto dedicato al *contraddittorio* procedimentale, poi rinominato «partecipazione al procedimento» dopo un intervento del Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>5</sup>. A tal fine erano state previste delle apposite istruttorie pubbliche volte ad informare i cittadini non solo delle finalità perseguite, ma anche dei criteri tecnici a base delle scelte concrete, comprese quelle localizzative, delle modalità di realizzazione degli interventi, degli accorgimenti e delle opere di mitigazione volti a scongiurare o, comunque, a limitare l’impatto ambientale e, non da ultimo, dei possibili vantaggi derivanti dalla loro realizzazione. Nella proposta Nigro l’istruttoria pubblica era, poi, facoltativa nel caso di altri procedimenti di particolare interesse partecipativo.

Un simile *modus procedendi* avrebbe forse evitato (o, almeno, numericamente limitato) gli episodi di interruzione della costruzione di opere pubbliche – persino nella fase iniziale di esecuzione dei lavori – dovuta all’esplosione della sindrome di *nimby*, con clamorose manifestazioni di protesta delle popolazioni locali, perlopiù incuranti della considerazione di interessi diversi da quelli, appunto, locali, semmai riferibili all’intera comunità nazionale<sup>6</sup>. Sta di fatto che tali proposte non trovarono spazio nel testo definitivo della

<sup>3</sup> v. U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, Firenze University Press, 2010, p. 5 ss. Più di recente, inoltre, U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 462 ss.

<sup>4</sup> La (sotto)commissione prende il nome dal Presidente Mario Nigro e faceva parte della Commissione coordinata da Massimo Severo Giannini che redasse il progetto di formazione di una legge sul procedimento amministrativo, poi approvata nel 1990.

<sup>5</sup> L’Adunanza Generale del Consiglio di Stato, con parere n. 7 del 19 febbraio 1987 reso sullo schema del d.d.l. proposto dalla Commissione Nigro, osservò che la rubrica del titolo III («contraddittorio nel procedimento amministrativo») risultasse, sul piano lessicale, più consona al processo che al procedimento amministrativo, e pertanto ritenne che sarebbe stato meglio parlare di «partecipazione» al procedimento».

<sup>6</sup> v. di M. Vittori, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica abituata a non decidere*, in *Amministrazione in cammino*, 22 maggio 2013. Tra le più importanti opere pubbliche bloccate si possono annoverare, come noto, la TAV, la localizzazione di termovalorizzatori in Campania, l’individuazione di un

legge n. 241/1990, nel quale è rimasto, però, l'art. 9, la cui notevole ampiezza segue di soli quattro anni una legge, la n. 349/1986<sup>7</sup>, frutto di pressioni condotte già a partire dagli anni '70 del Novecento (spesso con il supporto dei cc.dd. pretori d'assalto) proprio da parte di quei soggetti poi richiamati dall'art. 9 *de quo* (associazioni e comitati portatori di interessi diffusi)<sup>8</sup>; soggetti che hanno anticipato in Italia la sensibilità e la consapevolezza della doverosità della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi come patrimonio dell'intera comunità umana e delle generazioni future<sup>9</sup>.

Con la legge n. 349/1986 la tutela dell'ambiente entrò prepotentemente nell'ordinamento interno, determinando l'impegno del Parlamento all'attuazione delle direttive comunitarie in materia di impatto ambientale e condusse all'introduzione della valutazione di impatto ambientale (VIA) sui progetti di opere in grado di produrre rilevanti modificazioni dell'ecosistema naturale ed antropico<sup>10</sup>. E, per quanto più attiene alla presente riflessione, essa introdusse l'istituto della partecipazione e, più in particolare, quello ad essa strumentale dell'accesso: sia l'accesso ai singoli progetti, che viene non solo consentito ma favorito attraverso la disciplina della pubblicità degli stessi; sia l'accesso, espressamente qualificato come «diritto» alle informazioni disponibili sullo stato dell'ambiente.

---

sito di stoccaggio per le scorie nucleari a Scanzano Ionico, la TAP, le trivellazioni a mare per le ricerche petrolifere.

<sup>7</sup> La legge 8 luglio 1986, n. 349, ha istituito il Ministero dell'Ambiente e ha codificato il diritto delle associazioni ambientaliste ad essere riconosciute mediante la presentazione di apposita istanza al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Ai sensi dell'art 13: «Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna[...]».

<sup>8</sup> v. S. Marchese, *Legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste riconosciute nel processo amministrativo e concetto giuridico di ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, n. 3/4/2002, p. 527 ss.

<sup>9</sup> Doverosità oggi inequivoca in quanto espressamente inserita tra i principi fondamentali della Costituzione a seguito della intervenuta modifica degli artt. 9 e 41 Cost. Per un primo commento si veda Y. Guerra e R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 5 novembre 2021. Più di recente M. Alberton, *Ambiente, biodiversità e ecosistema entrano a far parte dei principi fondamentali della Costituzione: quali sono le implicazioni per l'ordinamento italiano?*, in *laCostituzione.info*, 10 febbraio 2022.

<sup>10</sup> In breve, è stato stabilito che i progetti siano comunicati, prima della loro approvazione, al Ministro dell'ambiente, al Ministro per i beni culturali e ambientali e alla regione territorialmente interessata; che l'annuncio dell'avvenuta comunicazione debba essere pubblicato, a cura del committente, sul quotidiano più diffuso nella regione territorialmente interessata, nonché su un quotidiano a diffusione nazionale; che qualsiasi cittadino, in conformità delle leggi vigenti, possa presentare, in forma scritta, al Ministero dell'ambiente, al Ministro per i beni culturali e ambientali e alla regione interessata istanze, osservazioni o pareri sull'opera soggetta a valutazione di impatto ambientale, nel termine di trenta giorni dall'annuncio della comunicazione del progetto; che le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni siano individuate con decreto del Ministro dell'ambiente; che qualsiasi cittadino abbia diritto di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente disponibili; e che le associazioni individuate in base all'articolo 13 della legge possano intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.



La partecipazione cominciò a sostanzinarsi, quindi, nella facoltà di presentare istanze, osservazioni o pareri nel procedimento di VIA, trovando significativa ricaduta sul piano della tutela giurisdizionale nella legittimazione delle associazioni ad intervenire nei giudizi per danno ambientale e a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi<sup>11</sup>.

Va detto, a questo punto, che le leggi regionali in tema di VIA, adottate da tutte le regioni a cavallo del cambio di secolo e in gran parte tuttora vigenti anche se con successive modifiche, hanno dato ampio spazio agli istituti partecipativi di massa – quelli definiti di *notice and comment* negli ordinamenti di *common law*<sup>12</sup> – disciplinando varie forme di istruttoria pubblica, tutte più o meno ispirate alla proposta della Commissione Nigro.

## 2. La disciplina del dibattito pubblico nel Codice dei contratti pubblici e nel DPCM d'attuazione n. 76 del 2018.

Nonostante il chiaro *sentimento* di partecipazione già nutrito da tutti i soggetti interessati alla trasformazione del territorio, per giungere in Italia ad una prima, vera codificazione dell'istituto del dibattito pubblico si è dovuto attendere il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, con riferimento alle grandi opere infrastrutturali di rilevanza sociale<sup>13</sup>. Il Titolo III della Parte I, interamente dedicato a «Pianificazione, programmazione e progettazione», contiene, difatti, l'art. 22, rubricato «Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico», che fa riferimento alle «grandi

<sup>11</sup> l. n. 349/86, art. 6, c. 9, abrogato dall'art. 48, c. 1, lett. a), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>12</sup> *Notice and comment* è il nome della procedura prevista dalla legge sul procedimento amministrativo statunitense (*Administrative Procedure Act*) mediante cui si realizza l'acquisizione delle informazioni procedurali. Essa prevede la comunicazione di avvio di un procedimento regolatorio, con successiva pubblicazione del testo predisposto sul Federal Register e l'indicazione di un termine entro cui far pervenire gli eventuali commenti da parte degli interessati, prima dell'adozione del provvedimento finale.

<sup>13</sup> In Europa, già a partire dal 1995, il *débat public* fu introdotto nell'ordinamento francese con la legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, attivato sui progetti delle grandi opere dalla *Commission nationale du débat public*, organo terzo istituito *ad hoc*. Sul punto, si vedano, tra i tanti, Y. Mansillon, *L'esperienza del «débat public» in Francia*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006, p. 101 ss.; M. Vittori, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica abituata a non decidere*, cit., spec. p. 7 ss.; e, più di recente, con ampiezza di riferimenti, C. Lombardi e A. Lullo, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)*, in *Amministrazione in cammino*, 15 luglio 2018, spec. p. 15 ss. Quasi vent'anni dopo (2013) anche la Germania, in sede di modifica legislativa del procedimento amministrativo, incluse una forma di partecipazione preventiva del pubblico ai processi decisionali, denominata *frühe Öffentlichkeitsbeteiligung*. Per un approfondimento si veda U. Ramsauer (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München, C.H. Beck, 2017, p. 508 ss.

opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio».

Tale intervento, tuttavia, rappresenta poco più che una norma di principio per successivi provvedimenti, non essendo prevista una vera e propria disciplina dell'istituto. D'altronde, già la rubrica dell'articolo, nell'utilizzare il termine «trasparenza», induce a pensare che l'intento del legislatore fosse quello di esprimersi non tanto sugli aspetti pratico-sostanziali, quanto sui lineamenti che avrebbero dovuto ispirare le successive fasi di attuazione. Infatti, l'art. 22, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 non detta una distinzione per tipologia e soglie dimensionali delle opere interessate, né definisce le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura, elementi indispensabili per i quali si dovrà attendere sino al 2018, anno di emanazione del relativo decreto attuativo.

Ciò che risulta evidente, però, è la volontà del legislatore di anticipare la partecipazione alle battute iniziali del percorso per la realizzazione dell'opera, nonché il passaggio da una partecipazione individuale e cartolare (secondo il classico schema: pubblicazione del progetto, osservazioni, controdeduzioni) a una partecipazione collettiva, pubblica e orale, con l'evidente finalità di prevenire il contenzioso *sociale* e talvolta istituzionale, limitandone i costi, i tempi e i rischi. Il tentativo, insomma, è quello di composizione preventiva dei conflitti, affidato, anzitutto, alla scelta di anticiparne l'insorgenza alle primissime fasi di decisione in ordine alla realizzazione dell'opera pubblica, quasi alla decisione sull'*an*, diffondendo le relative informazioni in una fase *fredda*, prima dell'impatto fisico sul territorio che tante volte ha provocato reazioni esplosive; e, in secondo luogo, alla procedimentalizzazione del conflitto, che viene incanalato in schemi tali da permettere, almeno *in votis*, di essere gestito attraverso la *disclosure*, il confronto e, possibilmente, la persuasione<sup>14</sup>.

Il passaggio è estremamente interessante, perché costituisce una delle molteplici forme di introduzione, in questo caso sul piano del diritto amministrativo, di istituti di democrazia partecipativa in ordinamenti saldamente ancorati al principio della rappresentanza<sup>15</sup>, in

<sup>14</sup> cfr. A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 505 ss.; G. Di Gaspare, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017, spec. p. 5 ss.; C. Lombardi, A. Lullo, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)*, in *Amministrazione in cammino*, 15 luglio 2018, spec. p. 2 ss.

<sup>15</sup> v. sulle differenze tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa, G. Di Gaspare, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017, secondo il quale “per mettere coerentemente a confronto i due termini, il primo, *democrazia*

qualche misura messo in crisi da tentazioni di democrazia diretta alimentate dai populismi<sup>16</sup> e supportate dalle tecnologie della comunicazione globale e dell'accesso universalistico al web<sup>17</sup>. La democrazia partecipativa, insomma, a differenza di quella diretta, non si presenta come alternativa alla democrazia rappresentativa, ma si inserisce in questa, arricchendola come nuova e diversa forma di esercizio della sovranità popolare, in grado di integrare la rigidità della delega insita nel principio di rappresentanza, pur senza smentirlo<sup>18</sup>.

È un'idea limpidamente scolpita, da almeno un decennio, nel Trattato di Lisbona, il cui Titolo II («Disposizioni relative ai principi democratici») all'art. 10 recita: «Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo»; aggiungendo poi immediatamente dopo che «Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini». E ancora, all'articolo 11 il Trattato dispone che: «Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

Gli istituti dei quali si parla oggi sono da iscrivere, dunque, tra le infinite *varianti* di una pratica costante a livello europeo<sup>19</sup>, ma forse ancor prima nei paesi di *common law*<sup>20</sup>, e cioè

---

*rappresentativa*, deve essere ricondotto, da noi, al potere amministrativo o, per meglio dire, al suo esplicarsi come procedimento amministrativo in quanto è all'interno del procedimento che può stabilirsi e – nella logica dell'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 viene a stabilirsi – tramite il dibattito pubblico, il contatto tra democrazia rappresentativa – sottesa come fondamento legittimante l'esercizio del potere amministrativo – e una qualche forma di democrazia partecipativa”.

<sup>16</sup> v. Per un ampio approfondimento della questione nell'ambito degli studi giuspubblicistici, da ultimi, M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 375 ss., e A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica* in Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

<sup>17</sup> cfr. P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

<sup>18</sup> v. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa, tre diverse forme di democrazia*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, cit., p. 65 ss.

<sup>19</sup> Per uno sguardo alle radici giuridiche e filosofiche della diffusione della democrazia partecipativa in ottica globale, si vedano S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2007, p. 14 ss.; e U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

<sup>20</sup> Si veda P. Booth *Problems of participatory democracy in town & country planning in Britain*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, cit., p. 143

quella delle consultazioni ad ampio raggio (che nell'Unione europea precedono anche l'attività legislativa) e che, soprattutto sul piano del diritto amministrativo, contribuiscono in misura rilevante al superamento della concezione autoritaria e *pubblicizzante* del rapporto tra potere e società civile, che informa tanti istituti della l. n. 241/1990<sup>21</sup>.

Pur con qualche ritardo<sup>22</sup>, il 24 agosto 2018 è stato, dunque, emanato il d.P.C.M. n. 76, attuativo dell'asciutta disciplina del dibattito pubblico posta con l'art. 22 del Codice dei contratti pubblici<sup>23</sup>.

Va subito evidenziato che l'ambito applicativo è stato, inizialmente, assai limitato, sia quanto alla tipologia delle opere sia in ragione delle soglie molto elevate della loro consistenza, in termini finanziari e dimensionali. Ciò, probabilmente, è dipeso dalla scelta di non appesantire tutte, e sempre, le procedure di valutazione e approvazione di opere pubbliche, bensì di limitare questo aggravio agli interventi di dimensioni davvero rilevanti. Tale intento è in qualche modo chiarito nella Relazione illustrativa allegata al decreto attuativo<sup>24</sup>, dove si aggiunge che per le opere di dimensioni più ridotte si applicano le normali procedure partecipative previste in fase di VIA che sono, peraltro, notevolmente diverse, sicuramente più semplici, ma non dissimili quanto agli esiti.

Ad ogni modo, il d.P.C.M. n. 76/2018 detta, innanzitutto, una più precisa definizione della procedura (art. 2 e Allegato 1); individua le opere per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico (art. 3 e Allegato 1); definisce le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della stessa (artt. 5-9) e le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto mediante apposita Commissione da istituirsi presso il Ministero delle Infrastrutture, secondo la previsione aggiunta all'art. 22 del Codice dei

---

ss., e ancora G. Di Gaspare, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., spec. p. 2 ss.

<sup>21</sup> Si veda già M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1 ss.

<sup>22</sup> Si confronti C. Lombardi e A. Lullo, *Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)*, cit., p. 7, nt. 24.

<sup>23</sup> Per un primo inquadramento del contenuto del d.P.C.M. si veda U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, cit., spec. p. 465 ss., ove anche alcune riserve sulle concrete scelte governative.

<sup>24</sup> La relazione illustrativa allegata alla bozza di regolamento trasmessa alle Camere riporta: «La necessità di avere soglie più elevate, rispetto a quelle previste dalle procedure di impatto ambientale, è stata verificata con il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e risponde alla necessità di non appesantire le procedure di valutazione e approvazione delle opere pubbliche e di aprire il dibattito pubblico esclusivamente su opere di grandi dimensioni (mentre per le opere di dimensioni più ridotte si applicano le normali procedure partecipative previste in fase di valutazione di impatto ambientale)», pubblicata sul sito della Camera dei Deputati (Camera.it), area *Documentazione parlamentare*.

contratti pubblici dal primo decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

Come detto, le soglie sono espresse in termini finanziari e dimensionali secondo la tipologia di opere. Sono ridotte del 50% se l'opera è compresa, anche solo in parte, in beni del patrimonio naturale o culturale UNESCO o zone tampone UNESCO, parchi naturali nazionali o regionali, aree marine protette. Per opere di dimensioni comprese tra la soglia e i due terzi, il dibattito si svolge su richiesta di soggetti altamente qualificati in senso istituzionale/rappresentativo: a) Presidenza del Consiglio dei ministri o Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera; b) un Consiglio regionale o una Provincia o una Città metropolitana o un Comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento; c) uno o più consigli comunali o unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno 100.000 abitanti; d) almeno 50.000 cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; e) almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di 100.000 abitanti e per il territorio di comuni di montagna.

L'indizione del dibattito è, poi, facoltativa da parte dell'amministrazione aggiudicatrice in base a valutazioni di opportunità (art. 3, c. 4). Infine, il dibattito è escluso per le opere realizzate con le procedure previste dagli articoli 159 (opere che coinvolgono questioni di difesa o sicurezza) e 163 (somma urgenza e protezione civile) del codice e per quelle di difesa nazionale; per interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauri, adeguamenti tecnologici e completamenti; per le opere già sottoposte a procedure preliminari di consultazione pubblica sulla base del regolamento UE n. 347 del 17 aprile 2013 (sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche trans-europee) ovvero di altra disposizione europea.

I soggetti protagonisti del dibattito pubblico (oltre al... pubblico) sono due: l'amministrazione aggiudicatrice (e in particolare il soggetto titolare del potere di indire il dibattito, che viene individuato dall'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, secondo i propri ordinamenti) e il coordinatore, al quale è affidata la progettazione e gestione del dibattito pubblico, che deve essere un soggetto con requisiti di comprovata esperienza e competenza nella gestione di processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione di attività di programmazione e pianificazione in materia infrastrutturale, urbanistica, territoriale e socio-economica, ma esterno sia all'amministrazione aggiudicatrice che al territorio (né residente né domiciliato). Quest'ultimo, infatti, deve

essere individuato dal Ministro competente per materia tra i suoi dirigenti. Se, però, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore è un Ministero, il coordinatore è designato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri tra dirigenti pubblici estranei al Ministero interessato. In assenza di dirigenti pubblici in possesso dei requisiti, il coordinatore – che deve svolgere le attività affidategli con responsabilità e autonomia professionale – può essere individuato dall'amministrazione aggiudicatrice mediante procedura di cui al codice, configurandosi come appalto di servizi.

Ai citati soggetti è affidata la redazione dei documenti che introducono, *reggono* e concludono il dibattito (*dossier* di progetto, documento di progetto, relazione conclusiva, *dossier* conclusivo): il primo e l'ultimo (rispettivamente, in fase di iniziativa e in fase conclusiva/decisionale) sono i *dossier* di competenza dell'amministrazione aggiudicatrice; quelli centrali (rispetto al procedimento) sono elaborati dal coordinatore: il documento di progetto del dibattito (temi di discussione, calendario degli incontri, modalità di partecipazione e comunicazione al pubblico) e la relazione conclusiva.

L'amministrazione aggiudicatrice indica uno o più soggetti che la rappresentino in tutte le fasi del procedimento di dibattito pubblico; sostiene i costi relativi allo svolgimento del dibattito, previsti negli oneri della progettazione dell'intervento di cui all'articolo 23, comma 11, del codice dei contratti pubblici.

Il dibattito pubblico si svolge nelle fasi iniziali di elaborazione di un progetto di un'opera o di un intervento, in relazione ai contenuti del progetto di fattibilità ovvero del documento di fattibilità delle alternative progettuali. Ha una durata massima di quattro mesi a decorrere dalla pubblicazione del *dossier* di progetto, termine prorogabile di due mesi, su proposta del coordinatore in caso di comprovata necessità, dal titolare del potere di indire la procedura.

Ovviamente sono essenziali gli adempimenti di pubblicità affidati al coordinatore che, in modo oggettivo e trasparente, definisce e attua il piano di comunicazione e informazione al pubblico ed è responsabile dell'organizzazione e degli aggiornamenti del sito internet del dibattito pubblico. L'indizione di quest'ultimo deve essere comunicata dall'amministrazione aggiudicatrice alla Commissione e alle amministrazioni territoriali coinvolte ai fini della tempestiva pubblicazione, da effettuarsi entro e non oltre sette giorni dalla richiesta, sul sito internet della Commissione, nonché sui siti delle amministrazioni locali interessate dall'intervento. Sugli stessi va pubblicato il *dossier* di progetto elaborato

dall'amministrazione aggiudicatrice, che deve essere redatto in linguaggio chiaro e comprensibile, in cui è motivata l'opportunità dell'intervento e sono descritte le soluzioni progettuali proposte, comprensive delle valutazioni degli impatti sociali, ambientali ed economici, in coerenza con le linee guida di cui al d.lgs n. 228/2011.

Il dibattito pubblico, organizzato e gestito in relazione alle caratteristiche dell'intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento, consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni. L'amministrazione aggiudicatrice partecipa in modo attivo agli incontri e alle attività e fornisce il supporto necessario per rispondere ai quesiti emersi nel corso del dibattito pubblico. Il coordinatore favorisce il confronto tra tutti i partecipanti e fa emergere le posizioni manifestate, anche attraverso il contributo di esperti, evitando che ci siano posizioni non rappresentate.

Nei trenta giorni successivi alla scadenza del termine di quattro mesi, eventualmente prorogato, il coordinatore del dibattito pubblico presenta all'amministrazione aggiudicatrice nonché alla Commissione nazionale, una relazione conclusiva sull'andamento dell'intera procedura che contiene: a) la descrizione delle attività svolte nel corso del dibattito pubblico, comprensiva delle indicazioni circa il numero degli incontri e dei partecipanti, le modalità di gestione e l'andamento degli incontri, gli strumenti di comunicazione utilizzati, le statistiche di accesso e consultazione del sito internet del dibattito pubblico; b) la sintesi dei temi, in modo imparziale, trasparente e oggettivo, delle posizioni e delle proposte emerse nel corso del dibattito; c) la descrizione delle questioni aperte e maggiormente problematiche rispetto alle quali si chiede all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore di prendere posizione nel dossier conclusivo, di cui all'articolo 7, comma 1, lett. d).

L'amministrazione aggiudicatrice valuta i risultati e le proposte emersi nel corso del dibattito pubblico e redige un *dossier* conclusivo in cui si evidenzia la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche da apportare al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte.

Il dibattito si conclude, entro due mesi dalla ricezione della relazione conclusiva del coordinatore, con la presentazione del dossier conclusivo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (sembrerebbe trattarsi di una presentazione orale e pubblica) anche ai fini di



cui all'art. 22, c. 4, del codice. La relazione conclusiva del coordinatore del dibattito pubblico è allegata al *dossier* conclusivo e ne costituisce parte integrante. Di essa, come del *dossier* conclusivo, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono tener conto nelle successive fasi e procedure.

I risultati delle consultazioni svolte nell'ambito del dibattito pubblico sono pubblicati sul sito dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, sul sito della Commissione nazionale, nonché sui siti delle amministrazioni locali interessate dall'intervento. Ai sensi dell'art. 23, c. 1, lett. g), d.lgs. n. 152/2006, e successive modificazioni, i predetti risultati sono trasmessi dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore all'autorità competente per la presentazione dell'istanza di valutazione di impatto ambientale.

### 2.1. (Segue) La Commissione nazionale per il dibattito pubblico.

Che il tema sia di grande attualità ed in continua evoluzione e fermento, lo dimostrano i recentissimi sviluppi sul piano operativo e istituzionale. Difatti, con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 30 dicembre 2020, n. 627, è stata istituita la Commissione nazionale per il dibattito pubblico, prima espressione istituzionalizzata di un modello di partecipazione attiva alle complesse procedure che devono espletarsi per la realizzazione delle grandi opere di maggior interesse per l'Italia.

La *mission* della Commissione è quella, principalmente, di favorire la trasparenza e il confronto con i territori relativamente alle opere pubbliche, garantendo ed incentivando il più diffuso coinvolgimento delle vaste platee di soggetti interessati. In tale ottica, la Commissione si propone altresì di migliorare la qualità della progettazione delle opere pubbliche di grande rilevanza, nonché di semplificare l'esecuzione attraverso scelte ponderate, al fine di ridurre l'aggravio dei contenziosi.

Con la raccomandazione n. 1, approvata il 16 giugno 2021, la Commissione ha descritto le linee guida, individuando innanzitutto le finalità del dibattito pubblico, in attuazione della previsione di cui all'art. 22 del Codice degli Contratti Pubblici. Ha inoltre chiarito il ruolo e le funzioni della Commissione, in relazione al procedimento, anch'esso descritto in pillole, dalla fase di iniziativa, sino agli atti conclusivi.

In conseguenza alla palesata necessità di snellimento delle procedure, obiettivo primario del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, con l'All. 4 al d.l n. 77/2021, conv. in l. n. 29 luglio 2021 n. 108, è stata individuata una serie di opere particolarmente impattanti, quali ad esempio importanti linee ferroviarie (Palermo-Catania-Messina, Roma-Pescara, Salerno-Reggio Calabria), le dighe di Genova e Campolattaro (Campania), e ancora il potenziamento del porto di Trieste, per le quali è stata dettata una disciplina *ad hoc*, modificativa dell'*iter* ordinario del dibattito pubblico. Difatti, con l'art. 46 del citato d.l., è stata disposta la riduzione dei tempi del relativo procedimento, per le opere di cui all'All. 4, per le quali l'attivazione della procedura sia obbligatoria, riducendone significativamente la durata da 4 mesi a 45 giorni. Lo stesso art. 46 ha, inoltre, dettato un procedimento semplificato da adottare nei casi previsti dallo stesso All. 4, comprensivo delle opere di maggior impatto e interesse individuate dal Piano. Pertanto, con la raccomandazione n. 2 «al fine di esplicitare i diversi termini temporali e le differenti fasi» che riguardano le opere a «dibattito pubblico obbligatorio», con specifico riferimento alle opere di cui all'All. 4, la Commissione ha adottato nuove linee guida in data 6 settembre 2021, in cui viene sintetizzato il procedimento rivisto nei tempi e nei passaggi, con una precisazione conclusiva: al punto 7, nel raccomandare il rispetto di tempi dettati, evidenzia che in caso di ritardi la Commissione stessa attiverà i poteri sostitutivi ad essa conferiti dallo stesso art. 46, quasi a voler rafforzare il ruolo di *garante del dibattito* assunto da tale organo.

### 3. L'esperienza pugliese e la legge sulla partecipazione n. 28 del 13 luglio 2017.

Ancora prima che intervenisse il legislatore nazionale, i primi significativi interventi sull'istituto della partecipazione attiva ai processi decisionali si sono registrati a livello regionale<sup>25</sup>, anche in attuazione delle specifiche disposizioni statutarie che impongono la previsione di istituti di democrazia deliberativa<sup>26</sup>.

Sul punto, si registra, innanzitutto, che, sebbene si siano avvicinate nel tempo numerose

<sup>25</sup> v. F. Angelini, *Consigli regionali e partecipazione*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, cit., p. 231 ss.

<sup>26</sup> cfr. V. De Santis, *La spinta partecipativa negli statuti delle regioni italiane*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, cit., p. 219 ss.

leggi regionali recante una disciplina di partecipazione, rivolta e circoscritta a precisi settori (quali, ad esempio, la pianificazione territoriale), sono rari gli esempi di leggi regionali ad ampio spettro sull'istituto della partecipazione. Tra queste, sicuramente è doveroso menzionare l'esperienza della Regione Toscana, prima in assoluto ad aver approvato una legge generale sulla partecipazione democratica, seguita poi da Emilia-Romagna, Umbria (sulle quali non ci si soffermerà)<sup>27</sup> e Puglia.

La l. reg. Toscana n. 69/2007, rubricata «Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali», si può definire innovativa su diversi fronti. Primo su tutti, l'approvazione della legge stessa è stata preceduta da un dibattito pubblico, dunque secondo un *iter* non ancora codificato. La stessa legge, inoltre, fissava il proprio periodo di vigenza in cinque anni (*sunset law*)<sup>28</sup>, alla conclusione dei quali la regione avrebbe dovuto valutare l'efficacia, la diffusione e il rendimento dei processi partecipativi promossi durante detto periodo, nonché l'opportunità di conferma o di modifica<sup>29</sup>, ad evidenziarne la natura sperimentale<sup>30</sup>. Tant'è che, esaurita la fase *sperimentale*, il Consiglio regionale toscano, dopo aver valutato i positivi risultati dell'esperienza, ha confermato la l. reg. n. 69/2007, per poi adottare la l. reg. n. 46/2013, definitivamente accogliendo nell'ordinamento regionale l'istituto della partecipazione.

Non si esclude che essa sia stata presa come modello per i successivi interventi in materia di dibattito pubblico, nelle diverse esperienze legislative, quali ad esempio quella pugliese. Così come il legislatore regionale toscano, anche quello pugliese ha recepito, infatti, la

<sup>27</sup> Per un approfondimento sulle leggi regionali emanate da Emilia-Romagna e Umbria in tema di partecipazione, si veda N. Vizioli, *La democrazia partecipativa nella legislazione regionale italiana*, su *Revista catalana de dret públic*, n. 48/2014, p. 187 ss.

<sup>28</sup> v. P. Vipiana, *La legislazione regionale sul dibattito pubblico, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 235/2018*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 3/2020, p. 679 ss.

<sup>29</sup> Art. 26, l. reg. Toscana n. 69/2007

<sup>30</sup> Per maggiori approfondimenti sulla legge toscana del 2007 si vedano A. Floridia, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5/2007, p. 603 ss.; M. Ciancaglini, *La democrazia partecipativa in Toscana. Note a margine della legge regionale n. 69/2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2008; E. Stradella, *Partecipazione e deliberazione: una evoluzione bottom-up della forma di Stato democratica? Appunti a partire dalla legge della Regione Toscana n. 69/2007*, *ibidem*; A. Floridia, *Idee e modelli di partecipazione, Il caso della legge toscana*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed in Europa*, cit., p. 89 ss.; R. Lewanski, *Promuovere la partecipazione deliberativa: la legge toscana alla prova dell'applicazione*, *ivi*, p. 241 ss. La legge è stata trasfusa nella, attualmente vigente, l. reg. Toscana n. 46/2013 «Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali» sulla quale si vedano le osservazioni di V. De Santis, *La nuova legge della Regione Toscana in materia di dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013.

tendenza verso l'apertura alla democrazia partecipativa, promuovendo il principio fondamentale della partecipazione quale valore guida dell'azione amministrativa – e, ancor prima, delle scelte politiche – in tema di governo del territorio.

A differenza del primo, precursore assoluto sul tema, il legislatore pugliese è intervenuto all'indomani dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, ma prima dell'emanazione del decreto attuativo del 2018.

Con l'approvazione della legge regionale sulla partecipazione n. 28/2017 è stato istituito uno strumento di *inclusione* dei cittadini nei processi di formazione delle scelte, creando una modalità disciplinata di interscambio dialettico tra interessati e pubblica amministrazione procedente, attuato mediante strumenti di pubblicità e trasparenza quale, ad esempio, la pagina *web* dedicata alla partecipazione, gestita direttamente dalla Regione Puglia, identificata con l'*hashtag* *PUGLIA PARTECIPA*, nonché il portale istituzionale della Regione, alla voce «Istituzione e partecipazione», in cui tutti gli utenti sono messi nelle condizioni di conoscere lo stato dei dibattiti in corso.

Ai lavori preparatori della legge hanno partecipato un numero indefinito di soggetti, nell'ordine di migliaia, portatori di interessi individuali e collettivi, con il comune obiettivo di strutturare un sistema partecipativo che potesse, da un lato, realizzare uno snellimento delle gravose procedure che interessano il nostro territorio, attraverso una sorta di *legittimazione popolare* delle scelte amministrative, dall'altro lato, restituire credibilità agli attori pubblici ad ogni livello, rispetto ai quali la collettività è sempre più distante e diffidente.

Alcune formulazioni utilizzate nella legge regionale evocano chiaramente la cornice costituzionale già evidenziata con riferimento al legislatore nazionale, ossia il principio di sovranità popolare, in questo caso completato dall'ispirazione personalistica e solidaristica dell'art. 2 Cost.: «la partecipazione piena e consapevole della persone, sia come singoli sia nelle formazioni sociali, nella elaborazione delle politiche pubbliche regionali e locali» (art. 1).

Con specifico riferimento al dibattito pubblico sulle grandi opere, disciplinato dall'art. 7, è il legislatore regionale, in *incipit* (art. 7, c. 1), a fornire una descrizione, definendolo «un processo di informazione e partecipazione su opere, progetti o interventi di particolare rilevanza per la comunità regionale, in materia ambientale, paesaggistica, sociale, territoriale, culturale ed economica», per poi proseguire con l'individuazione delle opere

soggette all'attivazione di tale istituto, distinguendone il carattere obbligatorio e facoltativo in base alla tipologia e alla dimensione delle opere stesse.

Mette conto rilevare, inoltre, che in prima battuta, proprio l'art. 7 aveva esteso detto obbligo alle previsioni di localizzazione contenute in piani regionali in relazione a opere nazionali che comportavano investimenti complessivi superiori a cinquanta milioni di euro. Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 235/2018<sup>31</sup>, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 7, c. 5, e l'art. 7, c. 2, della legge regionale pugliese, nella parte in cui avevano previsto che il dibattito pubblico regionale si svolgesse anche sulle opere nazionali, costituendo tali previsione una duplicazione dell'obbligo già previsto dalla normativa statale (art. 22, d.lgs. n. 50/2016), con conseguente prolungamento dei tempi dell'azione amministrativa e aggravamento degli oneri procedurali senza che ne sussistesse alcuna giustificazione.

Quanto alle fattispecie per le quali il dibattito è reso, invece, facoltativo, queste comprendono opere che comportano investimenti complessivi fra dieci e cinquanta milioni di euro e che presentano rilevanti profili di interesse regionale, riservando alla Giunta regionale il potere di attivare la procedura. Viene, altresì, esclusa l'applicazione della procedura per gli interventi disposti in via d'urgenza e finalizzati unicamente all'incolumità delle persone e alla messa in sicurezza degli immobili da un pericolo imminente o a seguito di calamità, nonché per gli interventi di manutenzione ordinaria. La legge regionale sulla partecipazione aveva esteso, altresì, il dibattito pubblico regionale anche ad alcune tipologie di opere nazionali, quali ad esempio: infrastrutture stradali e ferroviarie, elettrodotti, impianti per il trasporto o lo stoccaggio di combustibili, porti e aeroporti, bacini idroelettrici e dighe, reti di radiocomunicazione, trivellazioni a terra e a mare per la ricerca e produzione di idrocarburi. Ma anche in questo caso, con l'anzidetta sentenza n. 235/2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero comma elencante le «tipologie di opere nazionali» rispetto alle quali risultava obbligatorio attivare il dibattito pubblico regionale, ritenendo sussistente un contrasto con gli artt. 118 e 97 Cost<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> A commento della sentenza si veda P. Vipiana, *Il dibattito pubblico per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 25 marzo 2019.

<sup>32</sup> Nella sentenza n. 235/2018 scrive la Corte: «comporta dunque l'interferenza lamentata dal ricorrente e quindi la violazione dell'art. 118, primo comma, Cost.» e rappresenta altresì «una duplicazione di quello previsto dalla normativa statale e quindi comporta prolungamenti dei tempi dell'azione amministrativa e un

Molto interessante appare la previsione di cui al comma 9 dell'articolo 7, riguardante la possibilità (scelta conferita al RUP) di sospendere l'adozione o l'attuazione di atti di competenza regionale connessi all'intervento oggetto del dibattito, qualora questo sia stato attivato «nei limiti in cui l'adozione o l'attuazione può anticipare o pregiudicare l'esito del dibattito pubblico». All'esito di quest'ultimo, il soggetto titolare o il responsabile della realizzazione dell'opera dichiara pubblicamente, motivando adeguatamente le ragioni di tale scelta, se intende, anche in accoglimento di quanto emerso dal dibattito: a) rinunciare all'opera, al progetto o all'intervento o presentarne formulazioni alternative; b) proporre le modifiche che intende realizzare; c) confermare il progetto sul quale si è svolto il dibattito pubblico.

Sembra di poter inferire che il legislatore pugliese abbia cercato di evitare che il dibattito sia ridotto a una mera formalità, ossia che la sua conclusione risulti tardiva o postuma rispetto ai momenti decisionali. È, inoltre, istituito l'Ufficio della partecipazione, competente all'indizione e allo svolgimento, eventualmente incaricando della gestione del dibattito un soggetto terzo ovvero figure professionali esperte nel campo della facilitazione, da selezionarsi tramite procedura pubblica.

#### **4. Brevi annotazioni conclusive: effettività ed efficacia della partecipazione pubblica e interrogativi processuali.**

Al fine di garantire l'efficacia e l'efficienza sostanziale della procedura del dibattito pubblico, evitando, come detto, che questo rappresenti una mera formalità o addirittura un aggravio procedimentale, non può essere lasciato irrisolto il nodo fondamentale di questa e di tutte le altre procedure di consultazione pubblica, che è proprio quello del rapporto tra la fase di consultazione e la decisione finale. Ancor prima di questo, peraltro, incombe un altro possibile nodo, che riguarda l'individuazione degli esiti o risultati della consultazione pubblica qualora da questa emergano posizioni diversificate, anche oltre la mera contrapposizione tra iniziatore del procedimento (proponente o amministrazione

---

aggravamento degli oneri procedimentali senza che ne sussista alcuna giustificazione», in violazione dell'art. 97, c. 1, Cost. contravvenendo al principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

aggiudicatrice) ed eventuali *fronti del no* (per ideologia, per sindrome *nimby*, per ragioni di contrasto politico o altro ancora).

Si pensi alle tante situazioni in cui il *pubblico* stesso si divide in quella che, spesso, viene ancora vissuta come alternativa tra tutela dell'ambiente e sostegno allo sviluppo economico e all'occupazione, ovvero tra ambiente, inteso anche come paesaggio, e infrastrutturazione; tutti sicuramente da qualificare come interessi pubblici, quindi facenti capo ad amministrazioni pubbliche, ma anche tutti assunti (almeno tendenzialmente) dai diversi *stakeholders* (operatori economici, associazioni, comunità territoriali). Non a caso si parla, almeno a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, di un politeismo dei valori espressi dalla società civile, che si riflette nella tendenziale pariordinazione degli interessi pubblici, non più gerarchizzati bensì relativizzati come primari e secondari, non in assoluto ma in base alla prospettiva dell'amministrazione tributaria della cura di ciascuno<sup>33</sup>. Non più, dunque, amministrazione dell'interesse pubblico, ma amministrazione degli interessi; al plurale, la cui completa acquisizione, ponderazione e armonica composizione costituisce l'obiettivo ottimale (per quanto difficilmente raggiungibile) di un agire obiettivamente improntato al soddisfacimento degli interessi della collettività.

All'idea della contrapposizione istituzionale tra amministrazione pubblica e cittadinanza si sostituisce, così, quella di un cammino comune alla ricerca dell'interesse pubblico, nel corso del quale le garanzie non sono e non possono essere sostanziali, ma soltanto procedurali.

Tuttavia, sul piano della normativa nazionale, l'effetto ultimo del dibattito pubblico non va oltre il radicarsi di un obbligo di motivazione particolarmente puntuale a carico del decisore, quale che sia la scelta finale che segue le consultazioni *de quibus*. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice valuta i risultati e le proposte emersi nel corso del dibattito e redige un *dossier* conclusivo in cui si evidenzia la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche da apportare al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte. L'amministrazione procedente deve, cioè, esplicitare tutte le ragioni della scelta, anche ai fini del rispetto dell'art. 22, c. 4, del codice dei contratti

---

<sup>33</sup> v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*. Vol. 2., 3.ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 28: "In un modo immaginario, in cui ogni interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell'interesse. [...] Un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, gli altri interessi. Ovviamente ciò che per un'autorità è interesse primario, per un'altra è secondario".



pubblici (valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo e discussione in sede di conferenza di servizi relativa all'opera); di quel dossier deve cioè «tenere conto nelle successive fasi e procedure», lì dove, ancora una volta, «tenere *conto di*» significa motivare qualsiasi ulteriore scelta.

Quanto alla normativa regionale analizzata, all'esito del dibattito pubblico il soggetto titolare o il responsabile della realizzazione dell'opera sottoposta a dibattito pubblico, come detto, dichiara pubblicamente, motivando adeguatamente le ragioni di tale scelta, se intende rinunciare all'opera, proporre modifiche che intende realizzare o confermare il progetto sul quale si è svolto il dibattito pubblico. Diviene, pertanto, decisiva la correttezza nel gestire la consultazione e nel riportarne (meglio, nel trarne) le conclusioni. Tale operazione appare indispensabile per assicurare alla decisione discrezionale la necessaria legittimazione nel momento in cui non esiste un unico predefinito parametro normativo, ma alla pubblica amministrazione viene affidata una funzione soprattutto selettiva o arbitraria fra gli interessi coinvolti nel procedimento. Tale operazione, però, può rivelarsi assai complicata e delicata nelle non rare situazioni che si è tentato di richiamare e che sono state definite di *sovraccarico* di manifestazione di interessi nella disciplina dell'azione amministrativa.

In definitiva, quello che ancora oggi sembra irrisolto in senso univoco e definitivo, è il problema del bilanciamento tra garanzie partecipative e decisione finale, perché, se, da un lato, è vero che il risultato massimo in un sistema di democrazia partecipativa *perfetto* sarebbe quello di rendere vincolanti gli esiti del dibattito, dall'altro lato, è pure verosimile il rischio di una smisurata depauperazione dei poteri dell'organo decisionale, con un eccesso di restituzione di sovranità ai gruppi di cittadinanza.

Il tema non è sfuggito neanche ai giudici di Palazzo Spada, chiamati ad esprimere parere sullo schema del decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», che hanno definito il dibattito pubblico come «uno strumento di partecipazione democratica che in prospettiva assicura una maggiore accettazione sociale dell'opera, previene contenzioso, accelera la realizzazione dell'opera stessa». Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha avvertito la necessità di raccomandare al legislatore una disciplina «puntuale, effettiva, efficace, che assicuri al contempo partecipazione senza un eccesso di polverizzazione della stessa»<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, sullo schema del d.lgs. recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione» ai sensi dell'art. 1, c. 3, l. n. 11/2016.

Tale nodo gordiano sembra essere stato avvertito anche dai pionieri della regione Toscana che, come detto, avevano dato luce, prima ancora del legislatore nazionale, ad un testo di legge sulla partecipazione ai processi decisionali impattanti sul territorio regionale. Si legge, infatti, in un contributo all'indagine conoscitiva e al processo di valutazione sulla l. reg. Toscana n. 69/2007, predisposto nel luglio del 2012, ossia all'indomani del primo quinquennio di sperimentazione della legge, che «la legge 69 ha trovato un punto di equilibrio che rimane valido e che va rafforzato. Questo punto di equilibrio può essere così sintetizzato: concepire la partecipazione come una fase del processo decisionale, non come il luogo delle decisioni, aprendo quindi la via ad un fecondo rapporto tra la democrazia rappresentativa (che va difesa contro ogni tendenza populista e plebiscitaria) e il ruolo attivo dei cittadini e delle loro forme associative»<sup>35</sup>.

Come è facile desumere, il problema è una volta di più quello del bilanciamento. È indispensabile trovare un equilibrio, sia formale che sostanziale, nelle sue diverse possibili declinazioni. L'equilibrio tra consenso e potere, tra partecipazione e decisione, tra maggior inclusione possibile e snellezza dei procedimenti. È fisiologico, dunque, che, per quanto il legislatore si sia adoperato – e continui a farlo – per realizzare un meccanismo il più efficiente ed efficace possibile, vi saranno giocoforza dei soggetti “scontenti” delle decisioni finali, che vedranno prevalere gli interessi dei partecipanti più numerosi o, per qualsiasi ragione, più convincenti.

In chiusura, merita una menzione anche l'aspetto inerente alle garanzie processuali.

La prima questione riguarda la legittimazione processuale. Se è vero che la partecipazione alle istruttorie pubbliche è sostanzialmente aperta in modo indefinito, lo stesso deve ritenersi per la legittimazione a proporre ricorso? *Nulla quaestio*, naturalmente, per gli enti territoriali rappresentativi di comunità, per le associazioni ambientaliste riconosciute e certamente anche per singoli cittadini titolari di interessi qualificati (proprietari, esercenti attività economiche incompatibili, ad esempio agricole o turistiche, ecc.); ma *quid iuris*, in punto di legittimazione, per un'associazione qualsiasi o per il «chiunque» che abbia esercitato il diritto di partecipazione al procedimento e voglia trarre solo da questo la propria legittimazione processuale? E può essere ipotizzabile per queste situazioni una legittimazione in forma di *class action*? In secondo luogo, come sono individuabili gli atti

---

<sup>35</sup> Giunta regionale Toscana, Settore «Politiche per la partecipazione», Contributo all'indagine conoscitiva e al processo di valutazione sulla legge regionale 68/2008 – Luglio 2012

impugnabili e il momento in cui si concretizza la lesione? Tali aspetti sono indispensabili per capire se il ricorso possa essere proposto solo avverso la decisione finale o anche prima, ossia – obbligatoriamente o facoltativamente – avverso gli atti che segnano i vari passaggi della consultazione: ammissione o esclusione di soggetti e soprattutto di temi; acquisizione di documenti e contributi in genere; omissione di pubblicazioni; relazioni del responsabile della consultazione.

A questo aspetto si collega quello ulteriore della possibile tutela cautelare in corso di procedimento, sicuramente da evitare nella forma della sospensione e quindi dell'allungamento dei tempi, che tanta impopolarità è costata alla giustizia amministrativa. Probabilmente, invece, è auspicabile nella forma dell'ammissione con riserva o dell'impulso, efficaci a prevenire illegittimità e connesso spreco di attività amministrativa, che potrebbe essere vanificata dalla sentenza che interviene *ex post*<sup>36</sup>.

Un altro tema di rilievo sembra essere quello dell'attribuzione di maggiore o minore rilevanza, ossia *peso* istruttorio, ai diversi contributi, secondo la provenienza (enti pubblici, esperti più o meno qualificati, associazioni, singoli) e secondo la tipologia di interessi fatti valere (individuali, collettivi, *nimby*).

In ultimo, restano comunque fermi i consueti meccanismi di censura della motivazione rispetto, appunto, agli esiti dell'istruttoria partecipata.

Delle possibili risposte a tali quesiti sarà opportuno parlare quando i casi di attivazione dell'istituto del dibattito pubblico avranno raggiunto un numero decisamente più considerevole, tale cioè da consentire di poter individuare una prassi procedurale più definita, e quando sul tema vi saranno i primi approdi giurisprudenziali, relativamente sia al procedimento che al merito.

**Abstract:** Il contributo ha ad oggetto la disciplina del dibattito pubblico alla luce dei recenti sviluppi registrati sul piano normativo (Codice dei contratti pubblici del 2016 e d.P.C.M. n. 76/2018). Richiamate alcune esperienze regionali *pilota*, il contributo si sofferma su alcuni profili critici emersi riguardo all'armonizzazione tra norme statali e regionali. Nelle conclusioni, sottolineati i risvolti positivi dell'evoluzione dello strumento del dibattito

<sup>36</sup> Si pensi all'analogia con la risalente problematica dell'impugnabilità di un piano regolatore già adottato, che l'Adunanza Plenaria risolse nel 1978 nel senso della facoltà e non dell'onere di impugnazione (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 17 del 16 giugno 1978).

pubblico, si segnalano alcuni aspetti di natura procedimentale e processuale, per la cui soluzione la normativa pare essere ancora carente e, per altro verso, non si registrano rilevanti pronunce giurisprudenziali sul tema, anche in ragione della novità e quindi della limitata casistica nell'attuazione pratica di tale strumento.

**Abstract:** This paper focused on the public debate framework, according to recent multilevel legislative innovations. It has been examined the latest news of the implementation phase, with the birth of the *National commission for the public debate* and its recommendations nn. 1 and 2, according to PNRR. It analyzes some specific details of the critical relationship between national and regional law. To sum up, after dealing about positive effects of the improvement of the public debate, some procedural and processual aspects have been highlighted, whereas the law seems incomplete and, on the other hand, we cannot find relevant jurisprudential interventions, since the practical execution of the public debate is too scanty.

**Parole chiave:** dibattito pubblico – partecipazione – governo del territorio – grandi opere.

**Key words:** public debate – participation – territory government – large infrastructure.

# I PRESUPPOSTI DI PREVALENZA DELLA COSTITUZIONE SULLA CARTA DI NIZZA SECONDO LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE \*.

di Ilaria Roberti\*\*

**Sommario.** 1. Il criterio della *corrispondenza* dopo l'inversione della doppia pregiudizialità. – 2. *Intersezione ed impronta tipicamente costituzionale* come limiti alla diretta efficacia della Carta di Nizza. – 3. Gli elementi della giurisprudenza c.d. *Granital* nell'interpretazione della Carta dei diritti dell'UE. – 4. Il sindacato accentrato come *confine* alla prevalenza della CDFUE sulla Costituzione. – 5. Nota conclusiva.

## 1. Il criterio della *corrispondenza* dopo l'inversione della doppia pregiudizialità.

Con una serie di recenti decisioni<sup>1</sup> la Corte costituzionale è intervenuta dichiarando l'impossibilità di disapplicare la norma interna in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>2</sup>. Più precisamente, a partire dall'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269/2017, la Corte afferma che «i principi e i diritti enunciati nella Carta dei diritti dell'UE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana [...] e può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga ad un tempo sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione»<sup>3</sup>. In tale ipotesi è necessario che alla Consulta sia riconosciuta «la prima parola»<sup>4</sup>, in quanto vi è l'esigenza di un suo «intervento *erga omnes*»<sup>5</sup> «in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università del Molise.

<sup>1</sup> Corte cost., ss. nn. 269/2017, 20/2019, 112/2019, 63/2019, ord. n. 117/2019, ss. nn. 11/2020, 102/2020, ord. n. 182/2020, ss. nn. 190/2020, 46/2021, 49/2021.

<sup>2</sup> Si veda in particolare il Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017, il Punto 2.1 del Considerato in diritto della s. n. 20/2019 e il Punto 2 del Considerato in diritto dell'ord. n. 117/2019.

<sup>3</sup> Punto 5.2. del Considerato in Diritto della sentenza n. 269/2017

<sup>4</sup> Cfr. Punto 2.3 del Considerato in diritto nella s. n. 20/2019, richiamato nell'ord. n. 117/2019.

<sup>5</sup> Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017

dell'architettura costituzionale»<sup>6</sup>. Pertanto, nel «concorso di rimedi giurisdizionali»<sup>7</sup> deve «essere sollevata questione di legittimità costituzionale fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 TFUE»<sup>8</sup>.

Tali affermazioni si prestano ad essere analizzate nell'ottica di verificare i presupposti di prevalenza della Costituzione sulla Carta di Nizza e dunque la relativa inapplicabilità della «disposizione di raccordo»<sup>9</sup> contenuta all'art. 52.3 CDFUE. Infatti, a differenza del suo precedente orientamento<sup>10</sup>, il Giudice delle leggi non riconnette più l'antinomia tra norme nazionali e Carta europea all'applicazione dell'art. 52.3 CDFUE ma, in sede di *intersezione* tra principi costituzionali e «norme – principio convenzionali»<sup>11</sup>, richiama la necessità di tutelare i valori fondanti dell'ordinamento costituzionale. Questa scelta esplicita un determinato modo di ordinazione delle fonti nel sistema multilivello, nel senso che in tali «zone grigie [...] in cui è meno nitida la separazione di competenza tra gli ordinamenti»<sup>12</sup> dovrà comunque garantirsi una prevalenza del testo fondamentale sulla Carta dei diritti dell'UE. Il problema è verificare in quella *zona grigia* in cui «si sovrappongono»<sup>13</sup> la Costituzione e la Carta di Nizza quale sia il criterio risolutivo dell'antinomia impiegato dalla Corte e le ragioni poste a fondamento di tale scelta.

La Consulta precisa che non dovrà applicarsi né il criterio della corrispondenza né quello della competenza, considerato che esclude sia l'automatica disapplicazione della norma

---

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> *Ibidem*

<sup>9</sup> Così definita da G. Zagrebelsky, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2015, p. 2 ss.

<sup>10</sup> In cui la Corte puntava l'accento sul criterio della corrispondenza tanto che, a partire dalla sentenza n. 80/2011, l'art. 52.3 CDFUE era il principale presupposto di risoluzione delle antinomie tra dettato interno convenzionale.

<sup>11</sup> Così qualificate da A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia*, Siviglia 26-28 Ottobre 2017, consultabile sul sito [www.cortecostituzionale.it/documenti](http://www.cortecostituzionale.it/documenti), 2017, p. 2.

<sup>12</sup> M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in [www.cortecostituzionale.it/documenti](http://www.cortecostituzionale.it/documenti), 2014, pp. 9 ss. nonché *Id.*, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 1 ss.

<sup>13</sup> Termine impiegato dalla stessa Corte costituzionale nel Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017, Punto 2.3 del Considerato in diritto della s. n. 20/2019 e il Punto 2 del Considerato in diritto dell'ord. n. 117 /2019, Punto 9.2 del Considerato in diritto della s. n. 49/ 2021.

interna sia l'efficacia diretta della CDFUE<sup>14</sup>. Tantomeno potrà ricorrersi al criterio della gerarchia *formale*, che avrebbe determinato un arresto troppo evidente in termini di rispetto del principio del primato europeo. Piuttosto, seguendo l'*iter* motivazionale delle precedenti decisioni, la Corte sembra adottare un criterio di "gerarchia assiologica"<sup>15</sup> che consente di evidenziare la diversità di forza e di legittimazione delle norme *intersecanti*, facendo così prevalere la Costituzione sulla Carta di Nizza. A sostegno di tale assunto può farsi notare l'attenzione del Giudice delle leggi per le caratteristiche delle norme *sovrappoventi*, per il contenuto delle due Carte ed infine per quanto stabilito dall'art. 6 TUE<sup>16</sup>. Ovvero, trattandosi di *norme – principio*, dunque contraddistinte da alcune peculiarità enunciative e attuative<sup>17</sup>, nonché essendo una Carta sovranazionale simile nel contenuto alla Costituzione e parificata nel *valore* ai Trattati europei<sup>18</sup>, la Corte ha probabilmente giudicato più opportuno bilanciare la *portata assiologica* delle norme convenzionali rispetto a quella dei principi costituzionali<sup>19</sup>. Se ne deve dedurre che il criterio della corrispondenza e i relativi presupposti regolatori dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale non vengono compromessi ma solo limitatamente esclusi in caso di antinomie tra principi costituzionali e quelli convenzionali, in quanto, per le peculiarità delle norme *sovrappoventi* e per la parificazione *valoriale ex art. 6 TUE*, è necessario fare tutt'altro genere di valutazioni<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. Punto 5.1 del Considerato in diritto della s. n. 269/2017.

<sup>15</sup> Definisce "gerarchia assiologica" la tecnica di bilanciamento attraverso cui si instaura la prevalenza di una norma di "valore" su un'altra R. Guastini, *Intrepretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2015, p. 8 e ss.

<sup>16</sup> «Tenendo conto delle peculiarità di tale Carta e del suo contenuto dall'impronta tipicamente costituzionale [...] sancendo valori simili alla Costituzione repubblicana [...] e in base a quanto disposto dall'art. 6 TUE» cfr. Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017.

<sup>17</sup> Sulle caratteristiche dei principi e sulle loro differenze *assiologiche* rispetto alle altre norme si rinvia all'analisi di R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 201 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017, il Punto 2.1 del Considerato in diritto della s. n. 20/2019 e il Punto 2 del Considerato in diritto dell'Ordinanza n. 117 del 2019.

<sup>19</sup> Esaminano l'impiego di tale tecnica di bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale R. Alexy *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. Torre e A. Spadaro (a cura di) *La ragionevolezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 27 ss.; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013, pp. 1 ss.; A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e di bilanciamento tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni nella dottrina austriaca e tedesca)*, in AA. VV., *Il principio della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 55 ss.; A. Morrone, (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185 ss.

<sup>20</sup> Critica tale scelta A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost.n. 269 del 2017)*, in [diritticomparati.it](http://diritticomparati.it), n. 3/ 2017, p. 1



D'altra parte, è altrettanto vero che se in tale ipotesi si fosse richiamato l'art. 52.3 CDFUE ci sarebbero state questioni meno dirimenti relative al rapporto tra Costituzione e Carta di Nizza. Per meglio dire, il superamento di quest'*impasse* sulla sovrapposizione o «interferenza»<sup>21</sup> di contenuto tra le due Carte non sarebbe stato agevole attraverso il criterio della corrispondenza, perché le norme convenzionali avrebbero ricevuto una superiore copertura, con il rischio per la Corte di dover garantire la supremazia del nucleo dei principi costituzionali attraverso i c.d. "controlimiti"<sup>22</sup>. In entrambi i casi è intuibile che ci sarebbero state conseguenze notevoli sia nell'estensione del primato europeo in ambito interno sia una più incisiva azione a difesa dei principi fondamentali. Sicché il Giudice delle leggi ha preferito adottare una soluzione intermedia, che consente di scindere l'intersezione nel senso di far prevalere *per valore* la Costituzione sulla CDFUE.

Il problema però è che la Consulta non ha precisato i confini della limitazione dell'art. 52.3 CDFUE. Ammettere cioè una superiorità *valoriale* di alcuni principi fondanti dell'ordinamento costituzionale che intersecano la CDFUE vuol dire introdurre una eccezione alla diretta applicabilità delle norme convenzionali, mentre limitare la clausola di corrispondenza a tutti i casi di contrasto tra norme di principio delle due Carte equivale a instaurare un *nuovo* regime di applicazione dell'art. 52.3 CDFUE. Peraltro, tale questione acquista una valenza ancor più accentuata perché si è fatto notare che dopo tale arresto della Corte i giudici comuni sembrano talvolta prediligere una diretta disapplicazione della norma interna in contrasto con la Carta di Nizza, dando così una lettura estensiva all'art. 52.3 CDFUE e altre volte assecondare l'orientamento del Giudice delle leggi<sup>23</sup>. Del resto, anche prima dell'inversione della doppia pregiudizialità era stato riscontrato che nella

---

ss. Secondo l'A. la prospettiva *assiologica* dovrebbe evitare una prevalenza aprioristica della Costituzione sulle Carte sovranazionali consentendo di impiegare tale criterio in forma svincolata dalla visione *verticale* tra Carte.

<sup>21</sup> Espressione a cui ricorre la Consulta nella s.n. 11/2020 Punto 3.4 del Considerato in diritto e Punto 9.2 del Considerato in diritto della s. n. 49/2021

<sup>22</sup> Sull'azionabilità dei controlimiti rispetto alla CDFUE si vedano A. Anzon Deming, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 28 Febbraio 2018, p. 1 ss.; G. Scaccia, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 25 Gennaio 2018, p. 5 ss.

<sup>23</sup> A tal riguardo analizzano in modo critico alcune sentenze della Corte di Cassazione, B. Nascimbene, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Paper*, Aprile 2021, p. 1 ss.; L.S. Rossi, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018, p. 3 ss.; A. Ruggeri, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo dialogo tra Corti*, in *Consulta on line*, fasc. 1/2022, p. 252 ss.

giurisprudenza di legittimità e di merito la Carta dei diritti dell'UE veniva intesa come una fonte di norme direttamente applicabili soprattutto grazie al ricorso all'art. 52.3 CDFUE<sup>24</sup>. Verosimilmente, muovendo da tale contesto, si spiega questo recente arresto della Consulta, che è intervenuta specificando la portata della clausola di corrispondenza e i limiti di applicabilità in caso di «intersezione» tra Carte. Tuttavia, ora il problema è che l'art. 52.3 CDFUE acquisti una natura ambivalente, a seconda se applicato estensivamente nei giudizi ordinari oppure in modo restrittivo dinanzi alla Corte costituzionale.

## **2. Intersezione ed impronta tipicamente costituzionale come limiti alla diretta efficacia della Carta di Nizza.**

La Corte costituzionale ricorre alla categoria della *intersezione* per stabilire la limitazione della diretta efficacia della CDFUE in ambito interno. Ovvero, quando il contenuto delle norme convenzionali interseca quello dei principi sanciti nella Costituzione, la Carta di Nizza non potrà trovare diretta applicazione nei giudizi *a quibus*<sup>25</sup>. L'aspetto interessante è la correlazione che traspare tra l'*intersezione* e l'*impronta tipicamente costituzionale* attribuita alla Carta europea<sup>26</sup>. La Consulta ricorre a tale accostamento non solo per esplicitare il suo ragionamento relativo alla prevalenza della Costituzione sulla CDFUE, ma anche per specificare la forza giuridica attribuibile a tali norme sovranazionali.

Nell'*iter* motivazionale delle decisioni che invertono la doppia pregiudizialità si fa espresso riferimento all'*impronta tipicamente costituzionale* intesa come una peculiarità di tale

<sup>24</sup> M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 2 ss.; I. Massa Pinto, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2019, pp. 68 ss.; R. Romboli, *Dalla diffusione all'accentramento: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro.it*, n. 1/2018, pp. 2226 ss.; L.S. Rossi, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 3 ss.; A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurolunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, *diritticomparati.it*, n. 3/2017, p. 1 ss.; G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2018, p. 1 ss.; D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12 marzo 2018, p. 1 ss.

<sup>25</sup> Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017.

<sup>26</sup> Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017 nonché nell'ord. n. 117/2019 in cui richiama il suo precedente.

Carta, contenente principi e valori molto simili alla Costituzione<sup>27</sup>. *Prima facie* tale caratteristica potrebbe essere interpretata come un modo per evidenziare la forza *politica* di tale atto rispetto ad altre Carte sovranazionali di tutela dei diritti<sup>28</sup>. Di conseguenza, il connubio *impronta tipicamente costituzionale e intersezione* potrebbe tradursi nella volontà della Consulta di salvaguardare tale connotazione delle norme convenzionali, valutando cioè di volta in volta quando l'intersezione debba risolversi nel senso della preminenza della Costituzione sulla CDFUE. Sicché, a seconda di quanto l'intersezione produca o meno una coincidenza di contenuto tra principi costituzionali e convenzionali, la Corte deciderà per la prevalenza degli uni sugli altri. Peraltro, proprio nella recente sentenza n. 49/2021 la Consulta non detta una regola generale, ma verifica se in quella fattispecie possa riscontrarsi una coincidenza tra le norme convenzionali e quelle costituzionali dell'eguaglianza, della ragionevolezza e della libertà d'iniziativa economica privata stabilendo limitatamente a quel caso la prevalenza della Costituzione sulla Carta dei diritti UE<sup>29</sup>.

Da un altro punto di vista, l'*impronta tipicamente costituzionale* unita alla categoria dell'*intersezione* potrebbe evidenziare un'accezione peculiare del rapporto tra Carta di Nizza e Costituzione, cioè finalizzata a garantire aprioristicamente la supremazia dei principi costituzionali rispetto a quelli convenzionali. La Corte, infatti, richiama i principi contenuti in un atto normativo dall'*impronta tipicamente costituzionale* e non in un testo propriamente costituzionale. In questo modo esplicita alcune peculiarità proprie di una

<sup>27</sup> La Corte, infatti, parla di caratteri peculiari della Carta di Nizza rispetto alle altre Carte del sistema multilivello anche in virtù dell'*impronta tipicamente costituzionale* cfr. Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017, il Punto 2.1 del Considerato in diritto della s. n. 20/2019 e il Punto 2 del Considerato in diritto dell'ord. n. 117/2019.

<sup>28</sup> In dottrina numerose ed eterogenee sono state le riflessioni in merito alla *vocazione costituzionale* della Carta di Nizza *ante* e *post*- Lisbona. In particolare, c'è chi ha riconosciuto in tale atto "il nucleo della futura Costituzione europea" cfr. L.S. Rossi, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2002, p. 565 ss.; oppure chi ha considerato tale documento un importante passaggio per la costruzione dell'Europa dei diritti, cfr. A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa: Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; ancora, chi ha giudicato tale documento dalla valenza politica ma anche giuridica, individuando in essa un momento di auspicabile attenuazione dello scarto tra "costituzionalismo dei diritti" e "costituzionalismo dei bisogni", cfr. S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., p. 57 ss., nonché *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Editori Laterza, p. 37 ss.; chi infine ha incluso la proclamazione di tale Carta nella c.d. età dei "nuovi diritti" cfr. M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2009, p. 537 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Punto 9.1. e 9.2 del Considerato in diritto della s. n. 49/2021.

Costituzione ma senza però ricondurre tali elementi ad una Costituzione<sup>30</sup>. Per meglio dire, il termine *impronta* accentua l'esistenza di un testo che difetta di alcuni presupposti necessari a definirlo formalmente costituzionale<sup>31</sup>. Tantomeno la parificazione della CDFUE ai Trattati europei muterebbe la suddetta prospettiva, perché gli insuccessi democratici del *federalizing process* europeo non permetterebbero di trasporre l'*impronta tipicamente costituzionale* della Carta di Nizza in un riconoscimento formale di tal genere<sup>32</sup>. Tale soluzione andrebbe a rispettare la visione dualista e *verticista* della Consulta con riguardo all'ordinazione delle fonti nel sistema multilivello<sup>33</sup>, sintetizzabile nella necessità di limitare il valore della Carta sovranazionale, in quanto adottata con un metodo contraddistinto dalla partecipazione dei delegati dei Governi degli Stati firmatari e non con un coinvolgimento dei popoli europei<sup>34</sup>.

Questo *modus operandi* è molto simile a quello che ha contraddistinto l'orientamento delle sentenze cc.dd. *gemelle* con riguardo ai rapporti CEDU e Costituzione<sup>35</sup>. La similitudine è riscontrabile nella necessità di specificare i caratteri di Carte aventi una *vocazione*

<sup>30</sup> Segnalano soprattutto finalità descrittive e scarsamente costituzionali di tale Carta, G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2000, p. 39 ss.; R. Bin, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quad. Cost.*, n. 4/ 2020, p. 867 ss.; C. De Fiores, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, in *Democrazia e Diritto*, n. 3-4/ 2011, p.251 ss.; G. Ferrara, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un atto giuridicamente non identificabile*, in G. Ferrara (a cura di), *Per la democrazia costituzionale. Scritti scelti*, Napoli, ESI, 2020, p. 489 e ss.; D.Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003. p. 5 ss.; A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2001, p.193 ss.; C. Salazar, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato...a un incerto presente?*, Relazione al Convegno su *I Diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme e regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria 2011, consultabile sul sito [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2012, p. 1 ss.

<sup>31</sup> G. Azzariti, *op. ult. cit.*, p. 40 e ss.; C. De Fiores, *op. ult. cit.*, p. 251 ss.; G. Ferrara, *op. ult. cit.*, p. 490 ss.

<sup>32</sup> Ragiona in questi termini evidenziando l'assenza di alcuni topoi tradizionali di un ordinamento costituzionale G. Ferrara, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un atto giuridicamente non identificabile*, cit., p. 490 ss.

<sup>33</sup> Espressione a cui ricorre R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA. VV., *Scritti in onore di F. Modugno*, Vol. I, Napoli, Esi, 2011, p. 363 ss.

<sup>34</sup> G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, cit., p. 39 ss.; C. De Fiores, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, cit., p. 251 ss.; G. Ferrara, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un atto giuridicamente non identificabile*, cit., p. 489 ss.; A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, cit., p. 193 ss.

<sup>35</sup> G. Scaccia, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., p. 1 ss.; Id., *Alla ricerca di un difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, p. 1 ss.

*costituzionale* ma che dal punto di vista formale non possono qualificarsi tali<sup>36</sup>. La differenza però sta nel metodo attraverso cui la Corte specifica la collocazione delle due fonti sovranazionali. Per quanto attiene alla CEDU la Consulta ricorre all'*interposizione*, considerando cioè la norma convenzionale interposta tra il dettato normativo e quello costituzionale<sup>37</sup>. Senza ripercorrere quella giurisprudenza, vuole solo evidenziarsi come in quella occasione il Giudice delle leggi ha limitato l'efficacia e il valore della Convenzione europea al fine di circoscrivere la sua *vocazione costituzionale* quando vi è un contrasto con il testo fondamentale. In questo caso emerge come l'operazione di limitazione degli effetti della CEDU sia più netta, dal momento che si attribuisce un rango formalmente *sub-costituzionale* alle norme convenzionali. Viceversa, nel caso della Carta di Nizza il meccanismo dell'*intersezione* non consente di giudicare *tout court* tali norme come *sub-costituzionali*, ma di riscontrare una loro limitata efficacia ed applicazione in caso di sovrapposizione di contenuto con i principi e le norme della Costituzione.

Secondo un orientamento dottrinale<sup>38</sup> questa mancata espressa qualificazione delle norme della CDFUE come *sub-costituzionali* non toglie comunque che nell'ipotesi di *intersezione* accada qualcosa di simile alla *interposizione*, perché l'efficacia e il valore delle norme della Carta dei diritti dell'UE vengono limitate e *declassate* ad un rango inferiore per far prevalere la Costituzione<sup>39</sup>. Per meglio dire, seppure con una diversità di approccio interpretativo, in entrambi i casi la Consulta compie un'operazione identica perché diretta a collocare i principi e le norme costituzionali in una posizione di preminenza rispetto alle norme della CDFUE e della CEDU<sup>40</sup>. Invero tale aspetto può altresì essere analizzato tenendo presente quanto previsto dall'art. 6 TUE, che distingue le due Carte anche in

<sup>36</sup> Sull'argomento si vedano E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7/2010, p. 958 ss.; D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte subcostituzionale del diritto*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2008, p. 133 ss.

<sup>37</sup> Prendendo spunto dalla teoria di Carlo Lavagna secondo cui il fenomeno dell'interposizione si riscontrerebbe “nei casi in cui la norma o il principio pur essendo tratti da testi costituzionali siano invocabili solo indirettamente inserendosi fra essi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi norme interposte” e “queste norme con efficacia di legge ordinaria [...] per esplicito disposto della Costituzione vincolano o limitano altre norme giuridiche” cfr. C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta fondatezza*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 28 ss.

<sup>38</sup> G. Scaccia, *Alla ricerca di un difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., p. 4 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

termini di inclusione nell'ordinamento europeo. La Carta dei diritti è parificata nel valore ai Trattati europei mentre per la CEDU si discorre di *adesione* «che non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati» (art. 6.3 TUE). Sembra dunque che la distinzione impiegata dalla Corte tra *interposizione* e *intersezione* derivi dalla necessità di differenziare il trattamento delle due Carte sulla base di quanto previsto dall'art. 6 TUE. L'interrogativo che però resta irrisolto è che nella giurisprudenza costituzionale l'*interposizione* presenta un ancoraggio *formale e valoriale* univoco, nel senso che la CEDU è da considerarsi sempre una fonte *sub-costituzionale* quando contrasta con una norma interna<sup>41</sup>, mentre la Carta di Nizza resta contraddistinta da una qualificazione contraddittoria. Ciò in quanto l'*intersezione* è un criterio prettamente *valoriale* con un ancoraggio formale non espressamente connesso dalla Corte al rango *sub-costituzionale*. Tale assunto è motivabile anche sulla base dell'ondivago e concomitante richiamo ai parametri dell'art. 11 e 117 Cost. Infatti, nelle decisioni che invertono la doppia pregiudizialità è ravvisabile una coesistenza delle due disposizioni costituzionali che alimenta un'incertezza relativa all'inquadramento del rango e dell'efficacia attribuibile alla Carta di Nizza, perché le norme costituzionali richiamate rimandano a due differenti coperture. L'art. 117 Cost implica che l'intersezione tra *norme-principio* della Costituzione e quelle della Carta di Nizza debba consistere in una verifica circa la compatibilità del vincolo derivante dall'ordinamento comunitario<sup>42</sup>, dovendo riconoscere poi a tale fonte un rango inferiore alla Costituzione<sup>43</sup>. Invece, il richiamo all'art. 11 Cost. sottintende tutt'altro genere di considerazioni, perché si tratterebbe di sindacare la prevalenza della Costituzione rispetto a norme europee direttamente applicabili<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Qualche perplessità in merito è stata sollevata solo in occasione della discussa s. n. 49/2015 della Corte costituzionale in cui quest'ultima sembra attribuire un rango inferiore alla CEDU. Al riguardo si rinvia alle riflessioni di D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n.49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2015, p. 1 ss.; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n.49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 2015, p. 7 ss.

<sup>42</sup> Sull'interpretazione delle modifiche dell'art. 117 Cost e sui vincoli sovranazionali alla legislazione statale e regionale si rinvia a A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in F. Mancini (a cura di), *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 133 ss.; E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 100 ss.

<sup>43</sup> E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, cit., p. 100 ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*.



### 3. Gli elementi della giurisprudenza c.d. *Granital* nell'interpretazione della Carta dei diritti dell'UE.

Con la sentenza n. 269/2017 la Corte costituzionale inverte l'ordine "logico e cronologico"<sup>45</sup> delle pregiudiziali, giudicando prioritario sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto nel giudizio *a quo* le norme convenzionali non possono considerarsi direttamente applicabili e dunque idonee a produrre la disapplicazione della norma interna in presunto contrasto con il dettato europeo<sup>46</sup>.

Secondo una certa ricostruzione questa scelta si presta ad essere criticata perché costituisce una mancata occasione di instaurare una *circolarità tra Carte* in un sistema *euro-unitario*, in cui ad un rapporto formale e verticistico tra le fonti multilivello dovrebbe sostituirsi un modello di ricerca della norma che garantisce la massima tutela di un diritto fondamentale<sup>47</sup>. In tale prospettiva anche le Corti dovrebbero abbandonare la volontà di esprimersi *per prime* sulle questioni inerenti al rapporto tra norme interne ed europee, cercando invece di sfruttare quel *concorso dei rimedi giurisdizionali* per instaurare un dialogo cooperativo<sup>48</sup>. In base a tale impostazione l'inversione della doppia pregiudizialità e la conseguente limitazione della diretta applicabilità della CDFUE sono da intendersi come un restringimento delle maglie dell'orientamento inaugurato con la sentenza *Granital*, dal momento che le novità introdotte dal Trattato di Lisbona sono state recepite nel senso di preservare aprioristicamente la supremazia della Costituzione rispetto alle altre Carte sovranazionali<sup>49</sup>.

Da un altro punto di vista l'inversione della doppia pregiudizialità non costituisce

<sup>45</sup> G. Scaccia, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., p. 1.

<sup>46</sup> Sul punto si veda G. Scaccia, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti*, in *Forum di quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 2/2020, p. 325 ss.

<sup>47</sup> A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., p. 5 ss.

<sup>48</sup> A. Ruggeri, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 4 ss.

<sup>49</sup> A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, cit., p. 6 ss. Sul punto si veda anche A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, p. 260 ss. L'A. infatti giudica questo *modus operandi* della Consulta protesa a salvaguardare in forma aprioristica la prevalenza della Costituzione sulle altre Carte sovranazionali.



necessariamente un arretramento dell'orientamento precedente, ma piuttosto può intendersi come una conferma di quanto era stato già precisato nella sentenza n. 170/1984 e poi nella s. n. 1146/1988<sup>50</sup>. Ovvero, nella suddetta giurisprudenza c.d. *Granital* la Consulta aveva stabilito che il primato del diritto comunitario e la diretta disapplicazione del diritto interno in contrasto con il dettato europeo erano connessi al carattere *self-executing* delle norme sovranazionali. Seppure ricorrendo alla disapplicazione con riguardo al criterio della competenza<sup>51</sup>, la *ratio* sottesa a quell'iter motivazionale era di escludere *tout court* la *primauté* comunitaria in una fase di iniziale ed incerto avvio del processo di integrazione sovranazionale<sup>52</sup>. Non solo, la Corte si premurava di precisare l'intangibilità di un c.d. *nucleo duro* di principi fondamentali contenuti nel testo costituzionale, contraddistinti da una superiorità valoriale inattaccabile dalle norme comunitarie direttamente applicabili<sup>53</sup>. Ebbene, questi principi regolatori paiono semplicemente ripresi e contestualizzati nell'odierna evoluzione dei rapporti tra diritto interno e UE, nel senso che alla stregua dei *dicta* precedenti, la coincidenza della CDFUE con il testo fondamentale è da intendersi una ipotesi di limitazione della diretta applicabilità del diritto europeo<sup>54</sup> rispetto a principi supremi considerati finanche dei limiti al potere di revisione<sup>55</sup>. Peraltro tale orientamento giurisprudenziale pare avvalorato dallo stesso art. 6 TUE, che prevede sì il riconoscimento dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE ma

<sup>50</sup> Parla invece di "aggiornamento" della giurisprudenza *Granital* R. Romboli, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po')* In dialogo con il *Ruggeripensiero* sul tema della doppia pregiudizialità, in *Consulta on line*, fasc. III/2019, p. 645 ss.

<sup>51</sup> Manifestava riserve sulla soluzione adottata nella sentenza c.d. *Granital* A. Pace, *La sentenza Granital ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su *Diritto comunitario e diritto interno*, tenuto presso la Corte costituzionale il 20 Aprile 2007, consultabile sul sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) archivio, 2003-2010, p. 4 ss. L'Autore metteva in evidenza che quella decisione è il prodotto delle difficoltà riscontrate dalla Corte nell'inquadrare il rapporto tra norme interne e norme comunitarie. Questo perché "il fenomeno comunitario è troppo innovativo per ricondurlo a categorie tradizionali dei rapporti tra Stati come il dualismo o anche lo stesso monismo [...]". Perciò la soluzione della "non applicazione della norma interna costituirebbe l'effetto di un arretramento dell'ordinamento nazionale. Il che se storicamente e politicamente poteva giustificarsi alla luce del contesto nel quale la sentenza *Granital* fu emanata sotto il profilo strettamente giuridico non persuade come non persuadeva allora [...] perché la norma interna non verrebbe nemmeno in rilievo e a fortiori non sarebbe affetta da nullità".

<sup>52</sup> V. Onida, *Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 3/2002, p. 555 ss.; G. Tesaro, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss.

<sup>53</sup> M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, n. 1/2015, p. 86 ss.

<sup>54</sup> Del resto, la Corte richiama la sua giurisprudenza *Granital* affermando che quei presupposti restano fermi ma che non possono trovare applicazione nella fattispecie considerata la non immediata e diretta applicazione della CDFUE rispetto ai principi costituzionali cfr. Punto 5.1 e 5.2 del Considerato in diritto della s. n. 269/2017.

<sup>55</sup> Come aveva fatto sin da subito notare S. Bartole, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5570 ss.

al contempo prescrive che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione»<sup>56</sup> e che nell'interpretazione delle norme convenzionali bisogna tenere «in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta che indicano le fonti di tali disposizioni»<sup>57</sup>. Ecco perché l'equiparazione della CDFUE ai Trattati si presta ad essere ridimensionata già dal tenore esegetico di siffatta disposizione, considerato che l'art. 6 TUE pone dei limiti a quella operazione tramite il richiamo alle competenze dell'UE e ai criteri di applicazione precisati nella Carta. Rispetto a quanto è accaduto con la *Granital* in cui la Consulta ha dovuto compiere un'operazione interpretativa più creativa<sup>58</sup>, adesso la limitazione della diretta applicabilità delle norme europee è agevolata da una lettura restrittiva dell'art. 6 TUE, che appunto parifica solo nel *valore* tale fonte al diritto primario europeo. Tale inquadramento non fa altro che riflettere le attuali incertezze relative al processo di costituzionalizzazione dell'UE, che spingono la Corte a preservare la supremazia dei principi costituzionali rispetto ad altre *norme-principio* che non possiedono né lo stesso rango formale dei Trattati europei né la stessa forza e legittimazione della Costituzione repubblicana<sup>59</sup>.

Seppure rispettando la visione dualista, questo schema *post-Granital* però lascia irrisolti alcuni interrogativi che attengono al *modus* attraverso cui interpretare il rapporto tra Costituzione e Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Anzitutto nelle decisioni successive alla sentenza n. 269/2017 la Consulta continua a parlare di inversione della doppia pregiudizialità quando vi è una *intersezione* o *interferenza* tra principi e diritti della Carta fondamentale con quelli della fonte convenzionale. Così facendo la diretta applicabilità della CDFUE sarebbe limitata solamente a tale ipotesi e non in qualsiasi contrasto tra norma interna e norma convenzionale. In questo modo il regime dei rapporti tra Costituzione e Carta di Nizza presenterebbe una natura variabile, perché a seconda che le norme costituzionali intersechino quelle convenzionali si escluderebbe la diretta applicabilità di quest'ultime. Inoltre, essendo tale Carta strutturata soprattutto per “norme-principi”<sup>60</sup>, i casi di intersezioni sarebbero potenzialmente numerosi e di conseguenza il

---

<sup>56</sup> Art. 6.2 TUE

<sup>57</sup> Art. 6.3 TUE

<sup>58</sup> A. Pace, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.

<sup>59</sup> F. Ferrara, *op. ult. cit.*, p. 490 ss.

<sup>60</sup> Come fa notare A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia*, cit., p. 2 ss.

rischio di sovrapposizione tra le due Carte molto elevato<sup>61</sup>. Dimodoché, tanti più casi di intersezione potranno ravvisarsi, tanto più si ridurrebbe lo spazio della diretta applicabilità della CDFUE, perché dovrà garantirsi l'intangibilità delle *norme-principio* del testo fondamentale rispetto alle *norme-principio* della Carta europea.

#### 4. Il sindacato accentrato come *confine* alla prevalenza della CDFUE sulla Costituzione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di inversione della doppia pregiudizialità rileva anche ai fini della declinazione del concetto di identità costituzionale nazionale. Difatti, nella sentenza n. 269/2017 ed in sede di rinvio pregiudiziale, nell'ordinanza n. 117/2019, si ribadisce che la giurisdizione accentrata è posta a «fondamento dell'architettura costituzionale»<sup>62</sup>. Più precisamente, fermo restando il principio del primato del diritto europeo e della sua diretta applicabilità, la Corte precisa che nell'intersezione tra i principi fondamentali che devono prevalere sulla CDFUE rientrano anche le garanzie costituzionali, tra cui il sindacato accentrato della Corte. Sembra così che la Consulta abbia voluto attribuire una portata espansiva al concetto di identità costituzionale nazionale, dal momento che, in sede di intersezione, oltre al c.d. *nucleo duro* dei principi costituzionali, include anche il suo ruolo di garante della legalità costituzionale. In questi termini, il sindacato accentrato si pone come un *valore* costituzionale posto a *confine* dell'efficacia della CDFUE in ambito interno. Per meglio dire, all'espansione del concetto di identità costituzionale si accompagna la scelta di limitare la diretta applicabilità dei principi convenzionali di fronte alla necessità della Corte di sindacare tale antinomia. Peraltro, in tale operazione traspare una *elasticità diacronica* del concetto di identità *ex art. 4.2. TUE*<sup>63</sup>, perché il graduale ampliamento di tale concetto

<sup>61</sup> A. Barbera, *op. ult. cit.*, p. 9 ss.

<sup>62</sup> Punto 5.2. del Considerato in diritto s. n. 269/2017 e Punto 2 del Considerato in diritto ord. n. 117/2019.

<sup>63</sup> In particolare, secondo J.H. Reestemans, *The Franco-German constitutional divide: reflections on national and constitutional identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 377, "identità" ha un significato "diacronico" ed uno "sincronico", mentre "nazionale" è usato a volte in riferimento a popolo, altre a Stato, evidenziando così la sua insita indeterminatezza. Siffatta questione è risultata ancor più accentuata nel bilanciamento della tutela dell'identità costituzionale nazionale con le esigenze sottese al processo di integrazione europea. Analizzano tale problema V. Baldini, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2010, p. 1 e ss.; V. Bogdandy e A. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market*

è stato messo in atto per garantirgli la permanenza nel tempo<sup>64</sup>. Ovvero, l'estensione di quel nucleo di principi supremi non rappresenta per la Corte un'esigenza rapportabile al contesto storico in cui è pronunciata una decisione, ma assume un'importanza in sé per sé considerata. Difatti, quando nell'inversione della doppia pregiudizialità si afferma che il sindacato accentrato è una garanzia posta a fondamento del sistema costituzionale la Consulta non si riferisce all'occasione del rapporto tra Costituzione e CDFUE ma sembra ricollegarsi ad un piano più generale<sup>65</sup>. Tale orientamento pare muovere da quanto accaduto nei casi *Taricco*, *MAS* e *MB*<sup>66</sup>, in cui la compressione degli spazi del primato europeo si è compiuta non solo facendo leva sulla modulazione degli effetti delle decisioni della Corte europea ma anche attraverso una specificazione ampliativa del c.d. nucleo duro. Senza esaminare tali decisioni, quello che in esse rileva è la volontà della Consulta di difendere la sua visione dualista anche ricorrendo ad una interpretazione estensiva dell'identità costituzionale nazionale, riprendendo poi nelle successive pronunce i *dicta* già espressi. In via del tutto incidentale, questa vocazione difensiva sembra accomunare molte Corti

---

*Law Review*, 2011; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2015; S. Gambino, *Identità costituzionale nazionale e primauté euro unitaria*, in *Quad. Cost.*, 2012, p. 535 ss.; B. Guastaferro, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e controlimiti europeizzati*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 2011, p. 1 ss.; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 5 ss.; A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20/2018, p. 1 ss.; A. Ruggeri, *Prima del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i controlimiti)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 2016, p. 1 ss.

<sup>64</sup> Nel Punto 5, 6, 7 del Considerato in diritto dell'ord. n. 24/2017 della Corte costituzionale emerge che la prescrizione come regola sostanziale a tutela dell'imputato, la riserva di legge, la tassatività e la determinatezza delle fattispecie incriminatrici, il principio di legalità sono espressioni dell'art. 4 TUE, a cui è attribuibile un valore *pro futuro* cioè non circoscritto al momento in cui viene pronunciata la decisione.

<sup>65</sup> Si veda Punto 5.2. del Considerato in diritto della sentenza n. 269/2017

<sup>66</sup> Si è trattato di casi in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di confrontarsi con la CGUE sulla diretta applicabilità dell'art. 325 TFUE. In particolare, secondo la Consulta la norma europea veniva interpretata in forma espansiva dal Giudice di Lussemburgo, causando un ampliamento degli spazi del primato europeo ed una conseguente violazione dei principi fondamentali in materia penale, espressione dell'art. 4.2 TUE. È stata quindi ipotizzata una possibile *frattura* dei rapporti tra le due Corti, dal momento che con l'ord. n. 24/2017 (caso *Taricco*) la Consulta ha per la prima volta ipotizzato l'eventualità di azionare i controlimiti nei confronti della Corte europea. Poi nel caso *MAS* e *MB* (C- 42-17) la Corte di Giustizia decise di *modulare* temporalmente gli effetti della sua precedente decisione circoscrivendoli al caso *Taricco*, al fine di evitare uno *scontro* con la Consulta. Tutti i profili richiamati sono stati approfonditi da R. Bin, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 13 Novembre 2017, p. 1 ss.; B. Guastaferro, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2018, p. 441 ss.; M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017, p. 1 ss.; A. Morelli, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 4 ss.; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *diritticomparati.it*, 20 Febbraio 2017, p. 1 ss.; D. Tega, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 6 Marzo 2017, p. 1 ss.

costituzionali, che si muovono in una direzione estensiva del concetto di identità costituzionale nazionale a fronte della giurisprudenza espansiva del primato comunitario fatta propria dal Giudice di Lussemburgo<sup>67</sup>. Quest'ultimo rilievo è contestualizzabile in un frangente in cui l'UE mostra l'incapacità di solidarizzare i rapporti tra i Paesi membri durante l'emergenza economica, migratoria e sanitaria<sup>68</sup> spingendo in un certo senso a giustificare tale giurisprudenza delle Corti, attente ad includere nel recupero degli spazi della sovranità interna anche la difesa del loro ruolo di garanzia. Proprio l'integrazione, intesa come espressione della solidarietà nonché della tutela del pluralismo dei diritti<sup>69</sup>, è parsa assai in crisi durante la pandemia mondiale riflettendosi negli orientamenti della

<sup>67</sup>A titolo esemplificativo può citarsi il caso Melloni e la decisione del Tribunale costituzionale spagnolo (Causa *Melloni*, sentenza della Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11); l'espressa inclusione della sovranità finanziaria nell'art. 4.2 TUE da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco (Deliberazione assunta dalla Corte di Giustizia il 16 Giugno 2015 C- 62/14 intervenuta a seguito del rinvio pregiudiziale del Tribunale federale tedesco con riguardo alla compatibilità del sistema OMT con le norme sulla sovranità finanziaria nazionale); la sentenza del Tribunale tedesco del 26 Maggio 2021 sulle decisioni di ratifica dei Vertici europei in tema di risanamento dei debiti statali *post-pandemia*; la necessità della Corte costituzionale austriaca di riscontrare una equivalenza tra la tutela dei diritti costituzionali ex art. 4.2. TUE e quelli sovranazionali (Sentenza U 466/11-18 U 1836/11-13 del 14 marzo 2012); le decisioni della Corte portoghese di difesa dei diritti fondamentali dei cittadini avverso gli organismi c.d. *Salva-stati* (attraverso l'*Acórdão* 187/2013 il Tribunale Costituzionale portoghese si è pronunciato in merito a quattro ricorsi relativi alla legge di bilancio 2013 (*Lei do Orçamento do Estado* n° 66-B/2012), sollevati dal Presidente della Repubblica, Aníbal Cavaco Silva (ricorso n. 2/2013), da alcuni deputati dell'opposizione (ricorsi nn. 5 e 8/2013) e dal *Provedor de Justiça* (ricorso n.11/2013); la giurisprudenza della Corte ungherese sull'espressa coincidenza dell'identità costituzionale con quasi tutti i principi enunciati in Costituzione (Decisione n. 22/2016 (XII.5.) AB of 30 November 2016); infine il citato caso Taricco e la difesa dei principi in materia penale da parte della Corte costituzionale italiana come espressione dell'identità costituzionale nazionale (ordinanza n. 24 del 2017).

<sup>68</sup> Sull'attuazione del principio solidaristico a livello sovranazionale la letteratura è copiosa. Per un'analisi circa la sua declinazione e le principali forme di attuazione si veda anzitutto S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2016. Poi con riguardo alla scarsa attuazione della solidarietà contestualmente alle singole emergenze dell'UE si vedano M. Belletti, *Il governo dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo europeo"*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, n. 1/2021, p. 35 ss.; B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa. Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, Torino, Giappichelli, 2020; A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, consultabile in *Consulta on line*, 7 Luglio 2020, p. 1 ss.; A. Morelli, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta online*, fasc. III/2018, p. 539 ss.; G. Scaccia, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013, p. 2 ss.

<sup>69</sup> Sul tema si rinvia all'analisi di F.R. De Martino, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 575 ss. In particolare, l'A. evidenzia come "volgendo lo sguardo anche oltre i confini nazionali, l'integrazione sociale e la partecipazione politica, costituendo la premessa comune di quasi tutte le teorie pluraliste considerate, non sembrano l'aspirazione, se non la necessità principale, dei regimi politici di democrazia avanzata. Difatti, il reperimento e la destinazione delle risorse necessarie per il funzionamento dei sistemi costituzionali contemporanei appare il profilo prevalente dell'azione statale ed europea che, come tale, riversa sul pluralismo sociale e politico significative implicazioni negative". Nonostante ciò, l'A. rimarca che "l'integrazione e la solidarietà sociale nelle più avanzate teorie esaminate rappresentano, ad un tempo, la precondizione e l'aspirazione del modello ideale di società pluralista, al fine di scongiurare la prevalenza degli interessi particolari ed egoistici su quello generale".

Corte in tema di rapporti tra Costituzione e Carta dei diritti dell'UE. Basti pensare che la più recente sentenza n. 49/2021, che conferma l'arresto in tema di doppia pregiudizialità, si colloca nella fase dell'emergenza sanitaria in cui l'*interferenza* tra i contenuti delle due Carte viene risolta appunto dalla Corte per la prevalenza della Costituzione sulla CDFUE. A ben riflettere la Consulta aveva già mosso i primi passi in questa direzione con l'orientamento *Granital*, allorquando aveva inteso la difesa del suo ruolo come un completamento necessario della visione dualista, considerato che il potere di invalidare una norma *viziata* restava di suo esclusivo dominio<sup>70</sup>. Inoltre, nella sentenza n. 1146/1988 la Corte accentuava la portata del *dictum* precedente ricollegando le sue competenze all'azionabilità dei controlimiti in caso di violazione del c.d. *nucleo duro* dei principi fondamentali<sup>71</sup>. Più precisamente in quel frangente traspariva che la Corte reputasse *condicio sine qua non* la tutela del suo ruolo rispetto alla necessità di azionare i controlimiti. Nel recente arresto giurisprudenziale tale impostazione sembra arricchirsi di un'ulteriore sfumatura, perché il Giudice delle leggi chiarisce che la sua posizione non è più tutelabile in correlazione all'azionamento dei controlimiti ma difendibile *ex se* dal momento che è posta a «fondamento dell'architettura costituzionale»<sup>72</sup>. Ne consegue che il presupposto normativo che legittima il sindacato accentrato in tema di inversione della doppia pregiudizialità non sarà più solo l'art. 11 Cost.<sup>73</sup> ma anche l'art. 134 Cost., considerato che la Consulta andrà a difendere una garanzia del testo costituzionale inclusa nell'art. 4.2 TUE.

## 5. Nota conclusiva.

La Corte costituzionale stabilisce i presupposti di prevalenza della Costituzione sulla Carta dei diritti dell'Unione europea. In particolare, la sovrapposizione di contenuto delle norme-principio contenute nelle due Carte è risolto nel senso di garantire una *supremazia valoriale* del testo fondamentale rispetto alle norme convenzionali, nonostante l'impronta

<sup>70</sup> A. Pace, *La sentenza Granital ventitrè anni dopo*, cit., p. 4 ss.

<sup>71</sup> M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 86 ss.

<sup>72</sup> Punto 5.2. del Considerato in diritto della s. n. 269/2017

<sup>73</sup> Secondo autorevole dottrina il fondamento costituzionale dei controlimiti deve ricercarsi non solo nell'art. 11 Cost. ma anche nell'art. 1 Cost. che enuncia il principio della sovranità cfr. G. Silvestri, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, p. 57 ss. e M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 86 ss.



*tipicamente costituzionale* di tale fonte sovranazionale e la sua parificazione ai Trattati europei. A tal riguardo emerge come nella giurisprudenza costituzionale questi ultimi due elementi assumano una connotazione non ampliativa del regime di applicazione di tale Carta, ma legittimante una limitazione della sua diretta efficacia. Tale aspetto non pare attenuarsi nelle decisioni successive alla sentenza n. 269/2017, piuttosto risulta ancor più marcato dall'utilizzo di termini che non si limitano all'intersezione e alla sovrapposizione ma finanche *all'interferenza* tra le due Carte. Più precisamente, la Corte evidenzia il problema che il contenuto della Carta di Nizza interferisce con quello del testo fondamentale andando così a minare la supremazia dei principi fondanti l'ordinamento costituzionale. In questo modo la Carta dei diritti dell'UE acquista una natura ibrida, avente cioè caratteristiche, contenuto e forza giuridica non agevolmente delimitabili in ambito interno, perché *interferisce* e si *sovrappone* tra la Costituzione e il diritto europeo *self-executing*. Tale orientamento sembra rispecchiare le recenti difficoltà sulla collocazione di tale fonte convenzionale nel sistema multilivello, accentuate dalla mancata attuazione del pilastro sociale e dei valori solidaristici sanciti dalla suddetta Carta<sup>74</sup>, contribuendo così ad alimentare l'interrogativo “a cosa serve la Carta dei diritti?”<sup>75</sup>. Alla risoluzione di tale quesito non pare rispondere la Corte costituzionale, che al contrario accrescendone la portata mette ancor più in evidenza le difficoltà relative all'inquadramento di tale fonte sovranazionale a causa del suo contenuto destinato ad *intersecarsi* e ad *interferire* con i valori costituzionali.

**Abstract:** Il lavoro analizza il rapporto tra Costituzione e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue in base al recente orientamento della Corte costituzionale. L'esame è condotto sia soffermandosi sulle motivazioni a cui ricorre la Consulta per garantire la prevalenza del testo fondamentale sul dettato convenzionale sia tenendo conto dell'andamento del processo di integrazione europea.

<sup>74</sup> A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016, p. 26 ss.; M. Della Morte, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al pilastro di Goteborg*, in *Consulta online*, 2020, p. 1 ss.; S. Giubboni, *Considerazione sul diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione)*, in *Diritto e società*, n. 2 /2020, p. 247 ss.; A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., p. 4 ss.; A. Ruggeri, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consulta online*, fasc. 1/2019, p. 52 ss.

<sup>75</sup> Riprendendo il recente interrogativo posto da R. Bin, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, cit., p. 867 ss.



**Abstract:** The paper analyzes the relationship between the Constitution and EU Charter of fundamental rights based on the recent jurisprudence of Constitutional Court. The examination is conducted both by focusing on the reasons used by the Council to ensure the prevalence of the fundamental text over the conventional dictation and by taking into account the progress of the European integration process

**Parole chiave:** Costituzione – Carta di Nizza – prevalenza – interposizione – identità costituzionale

**Key words:** Constitution – EU Charter of fundamental rights – prevalence – interposition – constitutional identity.

## VERS DES MODELES DE GESTION PARTICIPATIVE DE LA RESSOURCE HYDRIQUE\*.

di Maria Chiara Girardi\*\*

**Sommaire.** 1. A la recherche du statut juridique de l'eau – 2. L'évolution du cadre réglementaire italien – 3. *Case study*: le modèle de gestion du service hydrique napolitain – 4. Conclusions. La gestion de l'eau entre souveraineté populaire, solidarité et durabilité.

### 1. A la recherche du statut juridique de l'eau.

La présente étude vise à analyser la complexe question de l'eau - en tant que ressource indispensable à l'existence humaine, mais malheureusement épuisable - et des événements qui la concerne.

L'objectif de la recherche est de tenter d'envisager un statut juridique de l'eau, capable de protéger les différents aspects de ce bien public fondamental. En effet, l'eau, en tant que bien public, appartenant notamment au patrimoine non aliénable des États. Pour cela, la ressource est, par sa définition même, soustraite au pouvoir de disposition des individus et en particulier du sujet auquel elle appartient, satisfaisant ainsi la notion, de tradition romaniste, de *res communis omnium*<sup>1</sup>.

De plus, cette ressource – en tant qu'objet de droit social – doit être garantie par l'État à tous dans la mesure du minimum vital, quelles que soient les conditions individuelles de chacun.

Selon l'approche plus traditionnelle des droits sociaux, la personne appelée à respecter cette garantie est donc l'organisme public<sup>2</sup>, qui supporterait le coût de la redistribution de la ressource par la fiscalité générale, conformément au principe d'égalité substantielle (art. 3

---

\* *Sottoposto a referaggio*.

\*\* Dottoranda di ricerca in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> M. Fiorentini, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium»*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2010, p. 39 et s.

<sup>2</sup> A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi, Naples, 2011, p. 12 et s.

Const. Italienne) et au devoir de solidarité (art. 2 Const. Italienne). Toutefois, cela n'empêche pas, en théorie, que la gestion du service de l'eau soit confiée aux opérateurs privés, sans préjudice du contrôle public et dans des limites opérationnelles qui garantissent l'accès à l'eau<sup>3</sup>.

D'autre part, *proclamer* un droit à l'eau ne suffit pas à le rendre efficace et effectif, mais en tant que droit social et ressource si nécessaire à l'humanité, il requiert des efforts fondamentaux de la part de l'organisme public, notamment pour protéger la ressource du risque d'épuisement et, par conséquent, pour la garantir de manière égalitaire aux individus. De plus, l'accessibilité de la ressource est évidemment conditionnée par l'état du budget publique, mais aussi par la volonté politique, au sens le plus large du terme.

Et encore, la plus grande difficulté de garantir la facilité d'utilisation de l'eau est liée à la rareté naturelle de la ressource<sup>4</sup>.

Le système juridique italien est toujours à la recherche d'un juste équilibre entre les besoins sociaux liés aux biens publics, et en particulier aux ressources naturelles, et les intérêts économiques et de protection de la règle de la concurrence, qui visent à éviter une gestion inefficace de ces mêmes biens<sup>5</sup>. Cependant, ni la législation étatique, ni la jurisprudence, ne contestent le fait que l'eau est un bien public<sup>6</sup> et donc en tant que tel, quelle que soit la gestion, privée ou publique, étatique ou régionale, la finalité de bien d'intérêt général doit être préservée.

En effet, l'idée de protéger l'accès et la facilité d'utilisation de l'eau, en tant que droit fondamental, fait de la régulation des services de l'eau une question particulièrement sensible<sup>7</sup>.

En Italie, les tentatives de régulation de la ressource qui ont eu lieu au fil du temps, et en particulier l'importance politique du référendum de 2011<sup>8</sup> et les nombreuses décisions du

<sup>3</sup> J.M. Albuquerque, *Reflexiones en tema de derivaciones de agua de un río público*, en *Anuario da Faculdade de Derecho da Universidade da Coruña*, n. 7/2003, p. 861 et s.

<sup>4</sup> Sur le sujet, voir R. Miccù et M. Fracaviglia, *Le forme giuridiche dell'acqua. Le dimensioni costituzionali di uno strumento di coesione sociale e territoriale*, Giappichelli, Turin, 2019.

<sup>5</sup> Voir D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, Il Mulino, Bologne, 2005, p. 125 et s.

<sup>6</sup> Cfr. G. Carapezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2008, *passim*.

<sup>7</sup> A. Lucarelli et S. Marotta, *Governo dell'acqua e diritti fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2006, p. 17 et s.

<sup>8</sup> Référendum abrogatif du 12 et 13 juin 2011 relatif aux services publics locaux d'importance économique et à la tarification des services d'eau.

Conseil d'État<sup>9</sup> et de la Cour constitutionnelle<sup>10</sup> – d'importance remarquable pour la définition d'un statut juridique de l'eau et, plus en général, des services publics locaux – ont leur origine dans les questions relatives à la gestion des eaux publiques<sup>11</sup>.

L'eau publique est ainsi devenue une valeur indispensable<sup>12</sup>. Son importance se reflète d'une part dans les tensions et les réformes continues de la discipline nationale<sup>13</sup>, et d'autre part dans l'attention accordée également par les autonomies territoriales à la meilleure discipline de l'eau, étant donné que cette question a une importance politique non négligeable pour les intérêts régionaux<sup>14</sup>. Par ailleurs, seulement peu de Constitutions reconnaissent expressément un droit à l'eau. Parmi celles-ci, il n'y a pas la Constitution italienne. Cela n'exclut pas, cependant, que l'on puisse créditer la thèse selon laquelle le droit à l'eau est aussi dans notre système juridique un droit fondamental<sup>15</sup>: ceci serait implicite grâce à la reconnaissance explicite d'autres droits dans la Constitution<sup>16</sup>. En première lieu, comme il a été reconnu par la jurisprudence constitutionnelle<sup>17</sup>, il y a la clause ouverte de l'art. 2 de la Constitution italienne<sup>18</sup>, qui inclus le droit à la vie, et par conséquence le droit aux éléments qui le rend possible. Par ici, il suffirait, donc, en déduire le droit à l'eau comme élément nécessaire qui garantit la vie. D'autre part, même un autre

<sup>9</sup> *Ex multis*, Cons. État, arrêt 25 janv. 2013, n. 267; Cons. État, arrêt 26 mai 2017, 2481; Cons. État, arrêt 14 juin 2017, n. 2913; Cons. État, arrêt 7 mai 2019, n. 138; Cons. État, arrêt 26 août 2020, n. 5237.

<sup>10</sup> *Ex pluribus*, Cour const., arrêts n. 259 de 1996; n. 246 de 2008; n. 249 de 2009; n. 307 de 2009; n. 29 de 2010; n. 142 de 2010; n. 26 de 2011; n. 187 de 2011; n. 67 de 2013; n. 32 de 2015; n. 117 de 2015; n. 97 de 2017; n. 65 de 2019; n. 325 de 2019.

<sup>11</sup> Voir M.G. Zoz, *Idee vecchie e nuove in tema di acque pubbliche interne*, in *Fides Humanitas Ius*, Studi in onore di Luigi Labruna, Editoriale Scientifica, Naples, VIII, 2007, p. 6079 et s.

<sup>12</sup> Voir E. Cangelosi, *Il diritto umano all'acqua*, en *Storia e Futuro. Rivista di storia e storiografia*, n. 32/2013 et M. Barlow, *The human right to water, an idea whose time has come*, in Uribe, 2008, qui parlent de droit humain à l'eau.

<sup>13</sup> *Infra* par. 2. Sur le sujet, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, en *Federalismi.it*, n. 5/2011, p. 6 et s.

<sup>14</sup> F. Guella, *Limiti e spazi per l'autonomia speciale nella disciplina del servizio idrico integrato*, en *Federalismi.it*, n. 15/2017, p. 2 et s.

<sup>15</sup> F. Staiano, *La progressiva emersione di un diritto umano e fondamentale all'acqua in sistemi di diritto internazionale e costituzionale: principi generali e prospettive di implementazione*, en *Federalismi.it*, n. 4/2013; R. Louvin, *Acqua, aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Giappichelli, Turin, 2018. Et également la question est particulièrement pertinente aussi aux niveaux communautaire et international. Sur le sujet, voir, *ex multis*, V. Parisio (dir.), *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e Unione Europea*, en *La fruizione del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Giuffrè, Milan, 2010, p. 107 et s.

<sup>16</sup> V. Bernaud, *La consécration d'un droit fondamental à l'eau est possible. Étude de droit comparé le démontrant*, en *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2017, p. 317-342.

<sup>17</sup> *Ex multis*, Cour const., arrêts n. 54 de 1986; n. 561 de 1987; n. 223 de 1996; n. 35 de 1997.

<sup>18</sup> F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Turin, 1995, p. 3 et s.; P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, en R. Nania et P. Ridola (dir.) *I Diritti costituzionali*, Giappichelli, Turin, 2001, p. 51 et s.; L. Violini, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*, en *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 535 et s.

droit expressément reconnu par la Constitution, à savoir le droit à la santé, visée à l'article 32, inclurait le droit à l'eau comme élément fondamental pour l'assurer<sup>19</sup>.

Cependant, une partie de la doctrine<sup>20</sup> considère souhaitable une reconnaissance expresse du droit à l'eau et s'appuie sur l'interprétation offerte par le Comité des droits de l'homme des Nations unies – insérée aux articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) – qui reconnaît explicitement un droit *autonome* à l'eau<sup>21</sup>. Également, la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>22</sup>, ainsi qu'une Résolution du Parlement européen<sup>23</sup> reconnaissent un droit spécifique à l'eau et contribuent donc à faire de l'accès à l'eau un droit humain fondamental<sup>24</sup>.

En tout cas, la reconnaissance explicite d'un droit à l'eau exigerait l'adoption de certaines dispositions législatives visant à réaliser les investissements nécessaires à garantir en premier lieu la construction des infrastructures requises.

En effet, le législateur italien est intervenu en cette direction, avec des mesures – dû à la crise économique qui a touché tous les pays de l'Union européenne<sup>25</sup> – visant l'efficacité et l'épargne. Cela s'est, toutefois, traduit, d'une part, par la réduction des services fournis aux citoyens et, d'autre part, par la recherche permanente de modèles de gestion capable de permettre aux autorités locales de respecter les contraintes budgétaires nécessaires pour se conformer au pacte de stabilité dicté par l'Union européenne<sup>26</sup>.

À cet égard, il ne faut pas oublier que dans le contexte juridique actuel, la gestion de l'eau – en tant que droit fondamental – doit être véritablement communautaire, c'est-à-dire tel qui garantisse l'accès à la ressource à l'ensemble des individus. Pour cela, les modèles de gestion, ne peuvent pas se limiter à inclure un représentant institutionnel ou un membre de l'administration publique dans les organes des conseils d'administration des entreprises qui s'occupent de la gestion de l'eau. Au contraire, c'est absolument nécessaire, par le

<sup>19</sup> S. Sileoni, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, en *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>20</sup> R. Briganti, *Il diritto dell'acqua*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2012, *passim*.

<sup>21</sup> R. Louvin, *Acqua e Costituzioni*, en M. Betzu (dir.), *Diritto all'acqua e servizio idrico integrato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2019, p. 13 et s.

<sup>22</sup> Résolution de l'Onu, 28 juillet 2010, 64/292.

<sup>23</sup> Résolution du Parlement européen, 8 septembre 2015, suivi de l'initiative citoyenne européenne *L'eau est un droit*.

<sup>24</sup> En ce sens, voir E. Cangelosi, *Il diritto umano all'acqua*, cit., p. 2 et s.

<sup>25</sup> Avant la pandémie de Covid-19.

<sup>26</sup> R. Miccù et F. Palazzotto, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione*, en *Nomos*, n. 3/2016, p. 5.

développement de modèles de démocratie participative ou de citoyenneté active, garantir des interventions substantielles des autorités publiques – conformément aux principes de la forme d'état social – pour fournir aux citoyens les moyens nécessaires à leur assurer l'accès à cette ressource vitale<sup>27</sup>. C'est-à-dire, que l'eau, en tant que bien public, doit conserver sa finalité de satisfaction de l'intérêt collectif, quel que soit le modèle de gestion choisi. Cela signifie que l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires à garantir l'utilisation publique de la ressource.

Cela étant dit, il semble clair la difficulté de concilier le droit fondamental à l'eau avec la notion d'eau comme bien économique: il est difficile de faire d'un bien vital pour l'existence tel que l'eau un sujet de concurrence et, par conséquent, toute hypothèse de gestion privée de la ressource en eau semble compliquée à cause de l'inconciliabilité des intérêts en jeu<sup>28</sup>. Il s'agit en fait d'un bien public *particulier*, pour lequel il semblerait peut-être plus approprié d'éviter le chevauchement des intérêts publics et privés. Dans ce sens, en même temps, une participation des citoyens (participation dans le sens d'une implication proactive, factuelle et concrète) semble nécessaire pour éviter la répétition des logiques étatiques typiques de l'Etat *apparato*.

Il est donc certain que la gestion de l'eau ne peut faire abstraction de la démocratie participative<sup>29</sup>, c'est-à-dire qu'elle ne peut faire abstraction de la gestion publique participative<sup>30</sup>. Et une gestion publique participative prévoit un modèle qui n'est pas orienté

<sup>27</sup> A. Lucarelli, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, en *Federalismi.it*, n. 8/2014; C. Iannello, *Il diritto all'acqua*, Editoriale Scientifica, Naples, 2013, p. 53 et s.

<sup>28</sup> A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, en *Giur. cost.*, 1, 2011, p. 261 et s.; Id., *Riconfigurazione del concetto di "rilevanza economica". Spunti di riflessione sulla natura "economica" del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*, en *Giur. cost.*, n. 1/2011, p. 302 et s.; L. Ferrajoli, *Dell'acqua come bene vitale*, en *contrattoacqua.it*, n. 3/2014; D'un avis différent est S. Staiano, *Acqua, bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Jovene, Naples, 2018, selon lequel le fait que l'eau soit un bien public par son statut juridique, ne signifie pas que la gestion du service soit également publique.

<sup>29</sup> A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Rome-Bari, 2013, p. 18 et s.; Id., *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, en *Dir. Pub. Eur. Rass. online*, 1, 2015; Id., *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Naples, 2020, p. 80 et s.; S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Editoriale Scientifica, Naples, 2011, spec. p. 34 et s.

<sup>30</sup> U. Mattei et A. Quarta, *L'acqua e il suo diritto*, Ediesse, Rome, 2014; A. Lucarelli, *Acqua Bene Comune (ABC) (Italie)*, en M. Cornu, J. Rochefeld et C. Orsi (dir.), *Dictionnaire des Biens communs*, PUF, Paris, 2007, p. 24-28; A. Lucarelli, *Gestione del servizio idrico integrato e delimitazione degli ambiti territoriali ottimali tra atto legislativo e provvedimento amministrativo*, en *Giur. cost.*, n. 4/2017. Différemment, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., p. 21.

vers le commerce et la concurrence, qui est étranger à la logique du marché et du profit, mais qui sait en même temps imaginer et rendre effective la participation des citoyens, conformément aux devoirs essentiels de responsabilité et de solidarité.

Par conséquent, il s'ensuit que ce qui relève n'est pas tant le profil de la propriété de ce bien, mais le profil de la gestion de la ressource au profit de l'ensemble de la communauté. Ceci découle également, selon une part de la doctrine<sup>31</sup>, de l'affirmation de la théorie juridique des biens communs, considérés comme des biens directement liés à la sphère des droits fondamentaux, et donc dignes de protection au-delà de l'appartenance formelle aux sujets publics ou privés<sup>32</sup>.

## 2. L'évolution du cadre réglementaire italien.

Compte tenu de ce qui précède, on peut donc affirmer que l'eau est un bien public ayant une fonction sociale fondamentale, que pour autant doit être géré dans l'intérêt exclusif de la communauté. Par conséquence, la gestion de la ressource doit nécessairement garantir une utilisation et une accessibilité collectives utilité et, en ce sens, le régime de propriété publique sert précisément à assurer une fonction et une utilité communes<sup>33</sup>. Mais il ne suffit pas de prélever l'eau de la propriété privée pour garantir l'accès à la ressource en termes qualitatifs, quantitatifs et économiques. En effet, l'augmentation des besoins des utilisateurs, en raison de divers facteurs, y compris, mais sans s'y limiter, le développement technologique qui touche également la sphère domestique, a mis le budget de l'État italien en difficulté et a conduit le législateur à adopter des mesures finalisées à protéger et à donner priorité à l'utilisation de la ressource hydrique avec des critères d'utilisation et de réutilisation qui visent l'économie, la compensation et le renouvellement des ressources. D'où la loi du 5 janvier 1994, n. 36, qui a – tout en rendant exclusivement publique la propriété de toutes les eaux de surface et souterraines – accentué le déplacement du centre

<sup>31</sup> A. Lucarelli, *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, en *Droit et société*, n. 1/2018, p. 141-157.

<sup>32</sup> Le premier à théoriser la notion de biens communs est A. Lucarelli, *Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti*, en *Rass. Dir. Pubb. eur.*, n. 1/2007; Id., *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, en *Quale Stato*, n. 1/2007.

<sup>33</sup> U. Mattei, *Beni comuni. Un Manifesto*, Laterza, Rome-Bari, 2012, *passim*; A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, en *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015; Id., *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, cit., p. 144 et s.



de gravité du système public de l'eau vers le régime d'utilisation, en introduisant la possibilité que la gestion de l'eau soit confiée à une entité privée. Ce changement a été suivi d'abord par la préparation du système de tarification des services d'eau, en vertu du décret-loi n. 152 de 2006<sup>34</sup>, et ensuite par l'interdiction de la gestion publique du service, en vertu de l'article 23-*bis* du décret-loi n. 112 de 2008, modifié par l'article 15 du décret-loi n. 135 de 2009<sup>35</sup>. Cette dernière disposition, relative à l'ensemble des services publics locaux, a fait l'objet – principal<sup>36</sup> – du référendum révocatoire de 2011<sup>37</sup>.

Les origines du référendum remontent précisément à l'intégration de la théorie des biens communs dans le débat politique et culturel. En effet, lorsque la Commission des biens publics (connu sous le nom de Commission Rodotà)<sup>38</sup> a été instituée par décret du ministre de la Justice du 14 juin 2007, elle a proposé la modification des normes du Code civil relatives aux biens publics. D'ailleurs, le projet de loi prévoyait également l'inclusion dans le Code civil de la catégorie des biens communs, comme une catégorie supplémentaire à la propriété publique et privée. Les biens communs sont définis par la Commission Rodotà comme les choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux, ainsi que pour le libre développement de la personne. Caractéristique principale de ces biens est la garantie de leur jouissance collective, également au bénéfice des générations futures<sup>39</sup>.

Bien que la proposition de la Commission Rodotà ait échoué, la théorisation de l'eau en tant que bien commun a été poursuivie jusqu'à l'achèvement du référendum de 2011 abrogeant les règles relatives aux services publics locaux. En particulier, comme anticipé, le référendum visait à abroger l'art. 15 précité du décret n. 135 de 2009 (soi-disant décret Ronchi), qui avait disposé la privatisation du service hydrique, s'appuyant sur le droit communautaire. Toutefois, la Cour Constitutionnelle<sup>40</sup>, en approuvant la question

<sup>34</sup> Décret qui a été largement modifié par le décret-loi n. 133 de 2014 (soi-disant décret *Sblocca Italia*), à la suite du référendum de 2011.

<sup>35</sup> Il s'agit du décret dit *Ronchi*, converti avec des modifications par la loi n. 166 de 2009.

<sup>36</sup> Mais pas unique. En effet, le référendum visait également à abroger l'article 154, paragraphe 1, du code de l'environnement, dans la partie où il prévoyait que le tarif du service de l'eau devait être déterminé en tenant compte aussi "de l'adéquation de la rémunération du capital investi".

<sup>37</sup> A. Quarta et U. Mattei, *Il referendum del 2011: effetti, resistenze e difese*, en R. Louvin, *Oltre il referendum. Percorsi di consolidamento per l'acqua come bene comune*, Le Château, Aosta, 2016, p. 9-19.

<sup>38</sup> Sur ce sujet, voir S. Rodotà, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, en *Quest. giust.*, n. 5/2011, p. 237-355.

<sup>39</sup> Sur le sujet, M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, en *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 373 et s.;

<sup>40</sup> Cour const., arrêt n. 24 de 2011.

référendaire, a eu l'occasion de préciser que le droit européen en réalité n'oblige pas les Etats membres à privatiser le service hydrique, mais au contraire fait valoir le principe de neutralité: le droit européen laisse en fait la liberté de choix des modes de gestions de la ressource et de la nature – privée ou publique – de la propriété de l'eau<sup>41</sup>.

Le référendum s'appuyait sur le chevauchement des concepts de propriété et de gestion de l'eau: le problème est que ce n'est pas l'eau qui tend à être privatisée, mais – tout au plus – sa gestion<sup>42</sup>.

Après la consultation populaire - dont le résultat a vu notamment la claire victoire du 'oui' en faveur de l'abrogation de l'art. 23-bis du décret Ronchi – la nature du service intégré de l'eau, que la Cour constitutionnelle avait déjà qualifiée de service d'importance économique, n'a pas changé<sup>43</sup>. Malgré ça, la législation post-référendaire a laissé une liberté de choix théoriquement illimitée au législateur des modèles de gestion de la ressource et n'est jamais vraiment intervenu à garantir l'application effective de la volonté populaire.

Par la suite, des mesures concernant la gestion publique de l'eau et visant à combler les lacunes créées par le référendum<sup>44</sup> ont été approuvées. En particulier, le secteur a été confié à une autorité administrative indépendante chargée de protéger l'utilisateur sur le marché, l'Autorité nationale des eaux<sup>45</sup>, dont les tâches ont ensuite été transférées à la préexistante Autorité de l'électricité et du gaz<sup>46</sup>.

Cependant, le résultat du référendum aurait nécessité une intervention systématique en matière de services publics locaux; mais cela ne s'est pas produit. Au contraire, le décret-loi n. 138 de 2011<sup>47</sup> n'a fait que reproduire la discipline abrogée par le référendum: il a de nouveau prévu la gestion concurrentielle des services publics locaux d'importance économique, en excluant uniquement les services d'eau. Il a donc concrètement violé le

<sup>41</sup> A. Lucarelli, *La leggenda dell'obbligo di privatizzare*, en *Il manifesto*, 1 mai 2010; Id., *Per la Consulta il diritto UE non è solo concorrenza*, en *Il manifesto*, 28 janv. 2011.

<sup>42</sup> R. Louvin, *Introduzione*, en Id. (dir.), *Oltre il referendum. Percorsi di consolidamento per l'acqua come bene comune*, cit., p. 5-7.

<sup>43</sup> Cour const., arrêt n. 246 de 2009. Sur le sujet, voir A. Lucarelli, *Riconfigurazione del concetto di "rilevanza economica"*. *Spunti di riflessione sulla natura "economica" del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*, cit., p. 302 et s., et F. Guella, *Limiti e spazi per l'autonomia speciale nella disciplina del servizio idrico integrato*, cit., p. 6.

<sup>44</sup> Par exemple, il n'y avait plus aucune indication, ni critère de détermination, des tarifs du service hydrique intégré.

<sup>45</sup> Art. 10, alinéa 11, du décret-loi, 13 mai 2011, n. 70 (soi-disant décret *Sviluppo*).

<sup>46</sup> Art. 21, alinéas 13 et 19 du décret-loi, 6 décembre 2011, n. 201.

<sup>47</sup> Décret converti en loi n. 148 de 2011.

résultat du référendum, en rétablissant la législation abrogée<sup>48</sup>. Pour cette raison, il a été contesté par la région des Pouilles<sup>49</sup> devant la Cour constitutionnel, qui l'a déclaré inconstitutionnelle par l'arrêt n. 199 de 2012<sup>50</sup>.

Toutefois, un nouveau décret-loi a été adopté en 2014<sup>51</sup>. Ce décret a, tout d'abord, prévu le passage de tous les compétences relatives à la gestion de l'eau, précédemment détenues par les autorités locales, au gouvernement. Ensuite, elle a établi le principe de la gestion unique, qui empêche de confier le service hydrique intégré à une pluralité d'opérateurs.

La même loi a également précisé que le choix des modalités de gestion des services d'eau n'est pas complètement libre; cela est dû au fait que les organes gouvernementaux compétents doivent démontrer la conformité aux exigences de l'Union européenne pour la forme de mandat choisi et justifier les raisons du choix par rapport aux objectifs d'universalité et de socialité, d'efficacité, de rentabilité et de qualité du service<sup>52</sup>. Mais, une fois que l'obligation de recourir à des contrats privés est tombée grâce au référendum, il est redevenu possible confier la gestion aux organismes de droit public, puisque – comme précisé plus haut – ceci était pleinement compatible avec le droit de l'Union européenne<sup>53</sup>. Par la suite, des dispositions<sup>54</sup> sont intervenus seulement pour perfectionner et compléter le modèle de *governance* existant et pour garantir des services adaptés aux réalités territoriales auxquelles ils s'adressaient. Enfin, la présentation en 2018 du projet de loi *Daga*<sup>55</sup> a réouvert le débat sur les modalités d'organisation administrative et de gestion du secteur de l'eau. Cette proposition de réforme vise à renforcer le rôle du public dans la *governance* des services hydriques intégrés, en confiant la gestion à des entreprises spéciales, de sorte que l'activité ne soit pas exercée dans un but lucratif, mais uniquement

<sup>48</sup> Voir A. Lucarelli, *La gestion publique participative des ressources hydriques dans la Ville de Naples. Nouveaux modèles de gestion des services publics locaux: un cas d'application du referendum*, en C. Bories et S. Boussard (dir.), *Les bien communs, un outil à aiguiser*, Mare et Martin, Paris, en cours de publication, p. 5 et s.

<sup>49</sup> Par la suite, la disposition a été contestée également par les régions du Latium, des Marche, de l'Émilie-Romagne, de l'Ombrie et de la Sardaigne, qui ont soulevé de nouveaux griefs contre la disposition.

<sup>50</sup> En effet, la Cour constitutionnelle a précisé que le législateur a le devoir de respecter une contrainte référendaire. En doctrine, voir A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, en *Federalismi.it*, n. 18/2012.

<sup>51</sup> Il s'agit du précité décret-loi, 2 septembre 2014, n. 133 (décret *Sblocca Italia*), converti avec des modifications en loi, 11 novembre 2014, n. 164.

<sup>52</sup> F. Guella, *Limiti e spazi per l'autonomia speciale nella disciplina del servizio idrico integrato*, cit., p. 7.

<sup>53</sup> A. Quarta et U. Mattei, *Il referendum del 2011: effetti, resistenze e difese*, cit., p. 12-16.

<sup>54</sup> Par exemple la loi n. 221 du 28 décembre 2015.

<sup>55</sup> Proposition de loi AC 52, *Dispositions en matière de gestion publique et participative du service intégré des eaux*, présentée à la Chambre des députés le 23 mars 2018.

à des fins institutionnelles sociales et environnementales.

### 3. Case study: le modèle de gestion du service hydrique napolitain.

La municipalité de Naples représente le premier exemple de mise en œuvre des résultats du référendum: elle a transformé la société anonyme qui gère le service des eaux, l'*Arin S.p.a.*, en une entité de droit public, l'entreprise spéciale *ABC (Acqua Bene Comune)*<sup>56</sup>.

Le conseil municipal napolitain a approuvé cette transformation<sup>57</sup> au terme d'un long processus participatif, au cours duquel plusieurs représentants de la société civile et des associations environnementales ont été consultés. *ABC* est née de la prise de conscience de l'importance de protéger un bien tel que l'eau, fonctionnel à l'exercice des droits fondamentaux et au développement de la personne, également dans l'intérêt des générations futures.

*ABC* est un organisme de droit public économique, qui n'a pas de but lucratif et qui est tenu de respecter l'obligation d'équilibre budgétaire<sup>58</sup>. Elle est responsable de la gouvernance de l'eau comme bien commun et garante de sa protection, selon des critères d'écologie, d'économie, de transparence, d'efficacité et de participation<sup>59</sup>. En particulier, le thème de la participation est central: le conseil d'administration est en effet représentatif des demandes des associations écologistes et de la citoyenneté active. D'ailleurs *ABC* vise un *gouvernement public participatif*, avec une implication directe des citoyens dans la gestion, afin de réaliser une gestion publique de l'eau fondée sur des instruments de démocratie représentative et renforcés par des institutions de démocratie participative<sup>60</sup>.

En particulier, la question de la participation a été considérée comme centrale dans le développement du modèle de gestion de l'organisation. L'idée découle de la nécessité d'imaginer la gestion des biens publics comme un modèle dans lequel la démocratie de

<sup>56</sup> Sur le sujet, voir A. Lucarelli, *Acqua Bene Comune (ABC) (Italie)*, cit., p. 24-28.

<sup>57</sup> Délibération du conseil municipal de Naples, 16 juin 2011, n. 740.

<sup>58</sup> Sur le sujet, voir L. Cozzarelli, *Fondamenti giuridici della trasformazione di una s.p.a. totalmente pubblica in azienda speciale: aspetti di diritto societario*, en A. Lucarelli (dir.), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Turin, Giappichelli, 2014, p. 65 et s.

<sup>59</sup> A. Lucarelli, *Acqua bene comune: parte da Napoli il vento della riscossa*, en Id., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 191-199.

<sup>60</sup> D. Mone, *Esperienze partecipative nella gestione dell'acqua*, en R. Louvin, *Oltre il referendum. Percorsi di consolidamento per l'acqua come bene comune*, cit., 98-107.

représentation et la démocratie participative vont de pair de manière inclusive. En effet, les biens publics, par leur fonction sociale, requièrent nécessairement la participation et l'implication effectives des citoyens, ce qui permet de prendre en compte l'intérêt collectif que ces biens doivent satisfaire.

À cet égard, remarquable est la disposition relative à la publication – sur le site institutionnel de la municipalité de Naples et sur le site internet de *ABC* – des statuts, des résolutions relatives aux actes fondamentaux et de tout autre acte adopté dans les limites des lois en vigueur et dans la mesure où cela n'affecte pas substantiellement les intérêts de la société.

En outre, par une résolution du 18 décembre 2015, *ABC* a créé un conseil civique, qui est chargé de présenter des propositions sur la gestion et la fourniture de services. Ce conseil assure la participation des citoyens, des associations et des comités aux décisions concernant la protection du droit fondamental à l'eau et la préservation de la qualité de la ressource.

Par ailleurs, *ABC* entretient des relations avec les institutions scolaires, visant à encourager les jeunes à la formation d'une sensibilité à la protection de l'eau comme bien commun et au rôle que chaque citoyen peut jouer. En ce sens, elle a instauré une journée publique de l'eau, pour sensibiliser les communautés à la nature de ce bien commun.

L'expérience de cette entreprise spéciale dénote donc une volonté de ne pas s'arrêter à la logique de la simple démocratie représentative, pour tenter de répondre de manière directe et effective aux besoins de la population<sup>61</sup>. Cependant, les citoyens doivent, en même temps, être conscients de leur rôle dans la gestion de la ressource et de leur responsabilité en matière de protection et de conservation de l'eau, en tant que bien essentiel à la satisfaction des droits fondamentaux. En même temps, l'État a le devoir de contrôler et de réglementer la gestion d'un bien public tel que l'eau.

---

<sup>61</sup> A. Lucarelli, *Démocratie participative*, en M. Cornu, J. Rochefeld et C. Orsi (dir.), *Dictionnaire des Biens communs*, cit., p. 341.

#### 4. Conclusions. La gestion de l'eau entre souveraineté populaire, solidarité et durabilité.

L'importance de la ressource en eau pour notre existence et son caractère épuisable ont conduit à la nécessité d'identifier un statut juridique de la ressource capable de protéger les différents aspects d'un bien public fondamental. Un statut juridique qui établisse des normes de protection appropriées pour aborder et résoudre les problèmes inhérents à la vulnérabilité de la ressource et à son importance au sein d'un écosystème durable<sup>62</sup>. En effet, la particularité de cette ressource fait que l'équilibre que le législateur doit assurer dans la protection de l'eau est de plus en plus délicat et complexe. En outre, ces questions sont liées à des problèmes et à des enjeux plus généraux du droit constitutionnel, liés à la protection des biens publics, au développement de modèles participatifs et à la protection de l'environnement. Surtout ce dernier aspect, lié à la protection de l'écosystème, fait actuellement l'objet d'un vaste débat, en raison des objectifs exprimés dans les Plans Nationaux de relance et de résilience (PNRR)<sup>63</sup> et des très récentes modifications constitutionnelles des articles 9 et 41 de la Constitution<sup>64</sup>.

Cependant, les complexes et fluctuantes événements qui ont suivi le résultat du référendum italien sur l'eau de 2011<sup>65</sup> semblent, hélas, conduire à revoir le slogan "vous écrivez eau, vous lisez démocratie" - qui avait animé les promoteurs - dans un plus réaliste "vous écrivez eau, vous *devriez* lire démocratie"<sup>66</sup>.

Malgré la nature publique de la ressource en eau et sa position de bien non aliénable dans

<sup>62</sup> R. Miccù et F. Palazzotto, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione*, cit., p. 1.

<sup>63</sup> En Italie, le Plan National de relance et de résilience (PNRR) a été approuvé par le décret-loi n. 152 de 2021 et converti en loi n. 233 de 2021. Sur le sujet, en doctrine, se concentrent sur différents aspects de ce thème, S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, en *Federalismi.it*, n. 14/2021; E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico ?*, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021; A. Sciortino, *PNRR et réflexions sur la forme de gouvernement italienne. Retour à la politique "normative"*, en *Federalismi.it*, n. 18/2021.

<sup>64</sup> Loi const. 11 février 2022, n. 1.

<sup>65</sup> Sur le sujet, voir A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, cit., selon lequel le seul fil rouge qui a guidé la législation post-référendaire est représenté par une politique gouvernementale contraire aux résultats du référendum de 2011.

<sup>66</sup> C. Faval, *Right2water: chi ascolta la voce dei cittadini?*, en R. Louvin, *Oltre il referendum. Percorsi di consolidamento per l'acqua come bene comune*, cit., p. 109.

le Code civil italien, de nombreuses demandes de privatisation se sont développées dans le domaine de l'eau également. Par conséquent, comme il a été souligné dans l'étude, souvent les intérêts économiques à l'exploitation de l'eau ont été mieux protégés que le droit fondamental de l'accès collectif à la ressource, c'est-à-dire le droit à utiliser l'eau en quantité minimale et digne pour se garantir une bonne santé.

En même temps, le difficile chemin de mise en œuvre des résultats du référendum de 2011<sup>67</sup> montre que la pression pour une extension des politiques de privatisation doit être endiguée avec des instruments appropriés. Il ne s'agit pas seulement de codifier le droit à l'eau, par son inscription dans les chartes constitutionnelles<sup>68</sup>: si l'eau est considérée comme étant à part entière un bien public, ou même un bien commun, il faut tracer une claire ligne de démarcation entre l'inclusion dans la sphère du contrôle public et la reconnaissance des libertés économiques. Cette frontière a toujours été floue, à tel point que - comme cela a été relevé - il y a eu plusieurs épisodes de privatisation des biens publics hydriques et de recours à des organismes privées pour le développement des services d'approvisionnement. La préoccupation concernant la privatisation de l'eau est liée aux difficultés qui pourraient surgir pour maintenir l'objectif public de la ressource, c'est-à-dire le devoir de garantir l'accessibilité et l'utilisabilité collectives de l'eau<sup>69</sup>. Ainsi, malgré la préservation théorique du caractère public de la propriété du bien hydrique, son utilisation peut faire l'objet d'une marchandisation.

Au contraire, il faudrait - conformément aux résultats du référendum - une reconstruction précise des fondements normatifs de l'eau comme bien public, un bien que la communauté reconnait comme capable de satisfaire un besoin réel et fondamental en dehors des intérêts économiques.

En ce sens, une étape importante est certainement représentée par l'expérience gestionnaire susmentionnée de la ville de Naples, avec la création de l'entreprise spéciale *ABC (Acqua Bene Comune)*. Ce régime juridique vise, d'une part, à prévenir un appauvrissement excessif de la ressource, qui pourrait conduire à une éventuelle indisponibilité pour

---

<sup>67</sup> G. Tarli Barbieri, *Il servizio idrico integrato nel riparto di competenze Stato-Regioni*, en M. Betzu, *Diritto all'acqua e servizio idrico integrato*, cit., p. 75, qui parle d'une situation d'une évolution normative de "stable instabilité".

<sup>68</sup> A. Lucarelli, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, cit., p. 7 et s.

<sup>69</sup> C. Faval, *Right2water: chi ascolta la voce dei cittadini?*, en R. Louvin, *Oltre il referendum. Percorsi di consolidamento per l'acqua come bene comune*, cit., p. 132 et 133.



l'ensemble de la communauté et, d'autre part, à garantir sa jouissance collective<sup>70</sup>. Néanmoins, l'étude de l'application du modèle fait apparaître certaines difficultés, liées principalement à la lenteur de la mise en œuvre de la discipline et au morcellement de la réglementation de référence.

Toutefois, au-delà des problèmes de mise en œuvre relevés, il ressort de l'expérience napolitaine l'importance d'une gestion de la ressource visant à assurer une utilisation collective inspirée aux principes de solidarité et de durabilité. Une gestion qui ne doit générer ou alimenter ni des inégalités entre utilisateurs, ni des fruitions individuelles qui excluent totalement une partie de la population ou causent des dommages à l'écosystème<sup>71</sup>. Une gestion, en définitive, qui nécessite des institutions, soit de démocratie représentative, soit de démocratie participative.

**Abstract:** L'étude se concentre sur le complexe statut juridique de l'eau, dans le but de tenter de tracer le cadre réglementaire pour la création d'un modèle de gestion des ressources en eau qui préserve sa fonction sociale. En effet, le modèle de gestion de l'eau doit nécessairement se dessiner dans l'intérêt exclusif des citoyens, puisqu'il s'agit d'une ressource indispensable à la vie humaine, mais non illimitée. Par conséquent, aucun modèle tenant compte des intérêts particuliers ou visant à protéger la concurrence ne semble adapté à ce secteur.

En ce sens, il semble nécessaire d'encourager la participation des citoyens à la gestion de la ressource, comme c'est le cas, par exemple, de la gestion actuelle de l'eau à Naples.

**Abstract:** The article focuses on the complex legal status of water, with the aim of attempting to outline the regulatory framework for the creation of a water resource management model that preserves its social function. Indeed, the water management model must necessarily be designed in the exclusive interest of citizens, since it is a resource that is indispensable for human life, but not unlimited. Therefore, no model that considers private interests or aims to protect competition seems appropriate for this sector.

In this sense, it seems necessary to encourage the participation of citizens in the

---

<sup>70</sup> A. Lucarelli, *Acqua Bene Comune (ABC) (Italie)*, cit., p. 26.

<sup>71</sup> R. Miccù et M. Fracaviglia, *Le forme giuridiche dell'acqua. Le dimensioni costituzionali di uno strumento di coesione sociale e territoriale*, cit., p. 10.

management of the resource, as, for example, happens in the current management of water in Naples.

**Mots clés:** eau – biens publics – participation – Naples – ressources naturelles.

**Key words:** water – public goods – participation – Naples – natural resources.

**UTI SINGULI V. UTI UNIVERSI.****L'OBBLIGO VACCINALE ANTI COVID-19 DINANZI ALLA CONSULTA E LA SORTE DEL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE\*.**

**RIFLESSIONI SU ORDINANZA N. 351 DEL 22 MARZO 2022 DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DELLA REGIONE SICILIANA.**

di Marina Calamo Specchia \*\*

**Sommario.** 1. Brevi considerazioni introduttive. – 2. Il caso. – 3. Il giudizio sulla rilevanza. – 4. Il giudizio di non manifesta infondatezza. – 5. Conclusioni.

**1. Brevi considerazioni introduttive.**

La questione di legittimità costituzionale dell'imposizione dell'obbligo di vaccino anti Covid-19 è giunta alla Corte costituzionale: con un'articolata e molto ben argomentata ordinanza di rimessione (l'ordinanza n. 351/2022) il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana (d'ora in poi CGARS) ha sollevato una serie di dubbi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccino anti Covid-19 e sul rispetto dell'art. 32 Cost., nella parte in cui contempla la possibilità di disciplinare con legge i trattamenti sanitari obbligatori.

L'ordinanza n. 351/2022 si inserisce in un quadro giurisprudenziale composito, che va analizzato in un'ottica di complessità sistemica condizionata, come si evidenzierà in seguito, dall'evoluzione delle acquisizioni scientifiche e dei dati della campagna vaccinale. Dopo una prima fase nella quale la magistratura (ordinaria e amministrativa) sembrava concorde nel sostenere la legittimità dell'operato del Governo in relazione alla campagna vaccinale promossa soprattutto con riferimento all'obbligo vaccinale selettivo, si è aperto

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università di Bari “Aldo Moro”.

un varco affinché la Corte costituzionale possa pronunciare la sua definitiva parola sulla *querelle* in merito alla legittimità o meno della campagna vaccinale obbligatoria che ha interessato una larghissima percentuale di popolazione.

Insieme all'Alta corte amministrativa siciliana, infatti, altri giudici hanno aperto la via alla Corte costituzionale affinché si attivasse il procedimento in via incidentale. Le questioni di legittimità sollevate sono molteplici e colpiscono alcuni aspetti molto controversi della disciplina dell'obbligo vaccinale:

- la questione di legittimità costituzionale promossa dal TAR Lombardia (ordinanza n. 192/2022), in relazione all'art. 4, c. 4, d.l. n. 44/2021 nella parte in cui a fronte dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale si prevede quale effetto l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, considerato che la preclusione assoluta dell'esercizio della professione integra un pregiudizio grave e non riparabile all'avviamento della professione intrapresa;
- la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Catania, Sez. Lavoro (ordinanza del 14 marzo 2022) in relazione alla mancata corresponsione dell'assegno alimentare, pari al 50% della retribuzione, in caso di sospensione dal lavoro per omessa vaccinazione, anticipata e seguita da numerosi decreti e ordinanze cautelari monocratici con i quali sono state accolte le plurime istanze in tal senso proposte (TAR Umbria, Sez. I, decreto presidenziale n. 30/2022; Tribunale di Napoli, Sezione del Lavoro, ordinanza 8 marzo 2022; TAR Abruzzo, Sez. I, decreto presidenziale n. 87/2022; TAR Veneto, Sez. I, decreto presidenziale n. 397/2022; Tribunale di Roma, Sezione del Lavoro, ordinanza 11 marzo 2022; TAR Lazio, Sez. V, decreto presidenziale n. 1653/2022; TAR Lazio, Sez. V, decreto presidenziale n. 1664/2022; TAR Campania, Sez. VIII, decreto presidenziale n. 585/2022);
- la questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale militare di Napoli con ordinanza di rimessione dell'8 febbraio 2022, con la quale si profilano dubbi di costituzionalità dell'art. 206-*bis* del C.O.M., che prevede la possibilità per le autorità militari di disporre specifiche profilassi vaccinali del personale militare impiegate in particolari condizioni operative e di servizio, in relazione all'art. 32 della Costituzione, sotto il profilo della prestazione del consenso informato in contrasto con la previsione di un obbligo giuridico.

- da ultimo, il TAR Lazio, Sez. I-*bis*, con cinque ordinanze del 1° aprile 2022 (nn. 3793, 3805, 3806, 3807 e 3808 del 1° aprile 2022) e il TAR Basilicata (ordinanza n. 42/2022) hanno fatto applicazione ai sensi dell'art. 80, c. 1, cod. proc. amm., dell'istituto della sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma applicabile al procedimento, ma sollevata in altra causa, e specificatamente dal CGARS con l'ordinanza oggetto della presente analisi.

Accanto alle questioni di legittimità costituzionale, è stata profilata anche una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea: con l'ordinanza del Tribunale di Padova, Sezione Lavoro, del 7 dicembre 2021 è stato chiesto alla CGUE di chiarire la compatibilità dell'obbligo vaccinale anti Covid-19 di tipo selettivo al Regolamento UE n. 953/2021 e ai principi di proporzionalità e di non discriminazione, con riferimento, in particolare, alla validità dell'autorizzazione condizionata ai sensi dell'art. 4, Regolamento CE n. 507/2006 in presenza di cure alternative per la profilassi dell'infezione da SARS-Cov-2, nonché alla legittimità dell'obbligo di somministrazione vaccinale ad operatori sanitari già contagiati o che rifiutino l'inoculazione a causa delle controindicazioni. Evidenziato, per sommi capi, il contesto in cui è maturata la decisione, le riflessioni che seguono si focalizzeranno sui punti cardinali dell'articolata ordinanza del CGARS.

## 2. Il caso.

Con nota del 27 aprile 2021 il Rettore e il Direttore Generale dell'Università di Palermo hanno disposto la previa somministrazione del vaccino anti Covid-19 ai tirocinanti per la prosecuzione delle attività di tirocinio di area medico/sanitaria.

Impugnata la nota per plurime violazioni di legge, il TAR Sicilia, Sez. I, ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo che, nell'ottica del bilanciamento degli interessi e allo stato dei fatti, risulterebbe *prevalente* l'interesse pubblico a evitare la frequentazione di strutture sanitarie da parte di soggetti non vaccinati per non esporre al rischio di contagi operatori sanitari e pazienti.

Con ricorso in appello vengono dedotti plurimi vizi dell'ordinanza impugnata, con riferimento tanto alla carenza assoluta di potere del Rettore quanto all'erronea applicazione

dell'art. 4, d.l. n. 44/2021, che non avrebbe previsto alcun obbligo vaccinale per gli studenti universitari, nonché con riferimento all'adeguatezza della campagna vaccinale in riferimento a molteplici parametri: a) violazione della normativa europea (Regolamento UE n. 953/2021; b) illegittimità dell'obbligo di un vaccino, in relazione al quale i dati relativi agli effetti avversi sono ancora in fase di elaborazione e acquisizione e sono stati basati prevalentemente (se non esclusivamente) sul sistema di farmacovigilanza passiva, per violazione dell'art. 32; c) violazione del Trattato di Norimberga sul libero consenso alle sperimentazioni e conseguente violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.; d) abnormità della previsione del consenso informato a fronte dell'obbligo vaccinale e violazione degli art. 2, 13, 21 e 32, Cost., e 1, 2, 3, CEDU.

### 3. Il giudizio sulla rilevanza

Il Collegio perviene alla conclusione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale con un ragionato iter argomentativo che fa limpida applicazione, da un lato, del principio *tempus regit actum* e, dall'altro, dell'interpretazione logico-sistematica dell'art. 4, d.l. n. 44/2021.

Il CGARS ritiene, infatti, applicabile alla fattispecie la versione originaria dell'art. 4, d.l. n. 44/2021<sup>1</sup>, la quale si riferiva alla categoria generale degli «esercenti le professioni sanitarie» e degli «operatori di interesse sanitario»: con due successivi emendamenti, intervenuti il primo in sede di conversione del d.l. n. 44, l. n. 76/2021 e il secondo in sede di conversione del d.l. n. 172/2021 nella l. n. 3/2022, la definizione della categoria degli

---

<sup>1</sup> Alla data di adozione del provvedimento impugnato era vigente la formulazione originaria dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021, che, nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge di conversione 28 maggio 2021, n. 76, così stabiliva: «1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano. 2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita».

operatori di interesse sanitario è stata, dapprima, specificata con riferimento alle professioni sanitarie (le professioni infermieristiche, ostetriche, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della l. n. 251/2000, e del decreto del Ministro della sanità 29 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2001, i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione) e poi precisata ritenendo inclusi gli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi, finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie.

L'Alta Corte amministrativa, pur nella consapevolezza della delicatezza di un'interpretazione logico-sistematica dell'ambito di applicazione di un trattamento sanitario obbligatorio, perviene alla conclusione della rispondenza del provvedimento impugnato alla fattispecie regolativa (l'art. 4, d.l. n. 44/20201 nella versione originaria) in virtù del principio generale *tempus regit actum*, stante la *ratio* della disposizione espressa dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021, secondo cui la vaccinazione selettiva degli operatori di interesse sanitario persegue la duplice finalità di tutelare tanto il personale sui luoghi di lavoro quanto gli stessi pazienti e utenti del servizio sanitario nel rispetto del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), e alla luce dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2008 in materia di igiene e di sicurezza sul lavoro, ai sensi del quale viene definito "lavoratore" una persona che, indipendentemente dalla natura del contratto, svolga nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro un'attività anche non retribuita e finalizzata all'apprendimento della professione.

Ne consegue che la nota rettorale, lungi dall'essere affetta da incompetenza, avrebbe applicato la corretta interpretazione della normativa in materia nel prevedere l'obbligo vaccinale in capo ai tirocinanti, con la sola esclusione di pericolo per la salute in presenza di comprovate condizioni cliniche, che tuttavia non figurano sussistere in capo all'appellante.

Questo percorso argomentativo si sarebbe rivelato funzionale a incardinare il giudizio di costituzionalità: interpretato l'art. 4, d.l. n. 44/2021 come comprensivo dell'obbligo vaccinale in capo ai tirocinanti e non sussistendo in capo all'appellante la condizione di esenzione prevista dalla suddetta disposizione, essa risulta essere *conditio sine qua non* ai fini della definizione del giudizio pendente: dunque, la questione di legittimità costituzionale assume rilevanza per il processo in corso, in quanto la questione si pone



«come presupposto necessario del giudizio a quo e con incidenza sulle norme cui il giudice è chiamato a dare applicazione» (Corte cost., s.n. 45/1972) determinandosi quel «rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio principale» (Corte cost., ord. n. 282/1998) noto come nesso di pregiudizialità.

Il primo presupposto della pregiudiziale di costituzionalità, ossia la rilevanza della questione, è, dunque, sussistente.

#### 4. Il giudizio di non manifesta infondatezza.

Il CGARS, accertata la rilevanza della questione, ritiene rilevanti e non manifestamente infondati alcuni dubbi di costituzionali profilati dalla difesa appellante.

Le doglianze dell'appellante sono state focalizzate su una pluralità di motivi attinenti, da un lato, alla c.d. *immunità naturale* conseguente alla contrazione del virus e, dall'altro, alla lamentata letalità dei vaccini somministrati attualmente in Italia conseguente sia all'incremento della mortalità e degli eventi gravi post-vaccinazione, sia alla scarsa efficacia della farmacovigilanza passiva, sia alla mancata correlazione di tali eventi al virus SARS Covid-19 in presenza di comorbidità, sia con riferimento all'algoritmo costruito e validato dall'OMS che assume come parametro della relazione temporale tra evento e vaccinazione la forbice dei 14 giorni.

Le argomentazioni del Consiglio avverso le doglianze dell'appellante si svolgono seguendo l'iter interpretativo offerto dalla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie, che individua come parametro di legittimità costituzionale l'art. 32 Cost.

Sin dalla sentenza n. 258/1994, confermata dalla giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale è ferma nello spiegare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. in presenza dei seguenti (concomitanti) presupposti:

a) «se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno

alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. sentenza 1990 n. 307)»;

b) se vi sia «la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto tollerabili»;

c) Se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una «equa indennità» in favore del danneggiato. E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale «trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla loro natura»

L'ordinanza che si commenta si muove, pertanto, nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in merito agli indici di compatibilità tra somministrazione obbligatoria di un farmaco, principio di autodeterminazione e tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Com'è noto, infatti, l'art. 32 Cost. consente l'imposizione con legge di un trattamento sanitario obbligatorio: nella nozione di TSO rientrano diverse fattispecie, tra cui anche l'obbligo vaccinale. Questo dato, tuttavia, non è da solo sufficiente per affermare che la Costituzione riconosca un potere generale di adottare un TSO: la riserva di legge contenuta nell'art. 32 è difatti assoluta e rinforzata proprio a garanzia dell'integrità fisica della persona umana, tant'è che il Costituente ha voluto porre come clausola di chiusura e di salvaguardia il divieto, non negoziabile, di trattamenti che possano violare la dignità umana (si legge in detto comma «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»). Un vero e proprio contro-limite al potere dello Stato di imporre trattamenti sanitari<sup>2</sup>.

Il diritto alla salute viene così declinato secondo la fisionomia tipica dei diritti fondamentali che riflette la centralità che la Costituzione ha voluto assegnare alla persona umana: il

---

<sup>2</sup> Va segnalato che anche in dottrina non sono mancati contributi volti a sottolineare come “la strada per la previsione dell'obbligo vaccinale è stretta e rigorosamente tracciata dal secondo comma dell'art. 32, che pone un inedito contro-limite, cioè un limite al potere, che amplia la garanzia dell'autonomia individuale. Solo la sussistenza di un duplice beneficio, per l'individuo che si sottopone a trattamento e per la collettività, rende costituzionalmente legittima l'imposizione di un obbligo in materia di trattamenti sanitari. Resta, cioè, vietata ogni ipotesi di strumentalizzazione della persona umana per la realizzazione di finalità collettive” (C. Iannello, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2022, p. 145).

diritto individuale alla salute è perciò dotato di una propria autonomia concettuale collegata al principio personalista che connota l'intera struttura costituzionale e che porta ad escludere che il diritto individuale alla salute possa recedere *sic et simpliciter* rispetto alla tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Siamo al cospetto di una tipica fattispecie complessa nella quale devono essere armonizzati/bilanciati il diritto di autodeterminazione del singolo, che si traduce anche nella libertà di curarsi e nel diritto a rifiutare le cure, e l'interesse collettivo alla salute: infatti, la copertura dell'art 32 Cost. ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, soprattutto a condizione che il sacrificio sia, in termini proiettivi (cioè non solo per il presente, quando la valutazione dei costi/benefici si conclude a vantaggio dei secondi grazie alla minore gravità delle malattie eventualmente contraibile ma anche nel lungo periodo, escludendo effetti avversi gravi ad ampia diffusione che solo un intervallo cronologico ampio può accertare), certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per l'individuo sottoposto a trattamento.

Alla luce anche delle risultanze dell'istruttoria disposta con l'ordinanza n. 38/2022, il CGARS, dopo aver ammesso la legittimità sostanziale delle fasi contratte di sperimentazione dei vaccini immessi sul mercato con l'autorizzazione condizionata (Regolamento CE 2006/507, art. 4), pur nella consapevolezza che il processo di valutazione non sia propriamente concluso essendo ammessa l'acquisizione di dati supplementari sul vaccino post-somministrazione, in relazione all'argomentazione dell'appellante dell'inutilità della vaccinazione che non impedisce al vaccinato di contagiarsi e di contagiare richiama le decisioni del Consiglio di Stato n. 7045/2021 e n. 1381/2021 con le quali il giudice amministrativo, nel sottolineare la situazione di eccezionalità generata dalla diffusione mondiale della pandemia, evidenzia l'elevata efficacia vaccinale anche in presenza delle nuove varianti nel prevenire l'ospedalizzazione, e dunque ridurre sensibilmente, se non proprio neutralizzare, l'impatto dei ricoveri da Covid sulle terapie intensive, e le complicazioni della patologia (e quindi contenere i decessi), circostanza questa che consente al CGARS di ritenere osservato il primo requisito del TSO, in quanto la somministrazione vaccinale produce «un duplice beneficio: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione» (punto 17.4, pag. 29, dell'ordinanza in commento). Sotto questo profilo, ad avviso del Collegio, «appare rispettato il primo degli indici di costituzionalità

degli obblighi vaccinali (che il trattamento sia diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato, sia degli altri)» (punto 17.4, pag. 31 dell'ordinanza in commento).

Con riferimento, al contrario, al secondo indice di costituzionalità, quello concernente la necessaria tollerabilità degli effetti avversi, il Collegio ha evidenziato plurimi profili di criticità, soprattutto con riferimento agli eventi avversi, la cui normale tollerabilità è presupposto imprescindibile della proporzionalità della misura e dunque della sua costituzionalità.

Sotto questo profilo si è di fronte all'assenza di quei presupposti di legittimità della discrezionalità legislativa in merito alla scelta delle modalità di prevenzione delle malattie infettive invocati a partire dalla notissima sentenza della Corte costituzionale n. 282/1990, confermata di recente dalla sentenza n. 268/2017: si allude al fatto che lo spazio della discrezionalità legislativa è strettamente connesso all'evoluzione dello stato delle conoscenze scientifiche e della ricerca medica.

Il CGARS fa leva proprio sul superamento del dato scientifico per realizzare il tipico effetto di *overruling* rispetto al precedente (decisamente *tranchant* per le conclusioni ivi raggiunte) costituito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021<sup>3</sup>, che fondava la declaratoria di legittimità della media tollerabilità degli effetti avversi dei vaccini su dati scientifici risalenti nel tempo e superati da nuove evidenze contenute nel Rapporto annuale

<sup>3</sup> A fronte di tali conclusioni, non può non rilevarsi l'erroneità della sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021: il giudice amministrativo ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale selettivo anti Covid-19 e, pur in presenza di dati scientifici espressamente definiti «non completi» (punto 26.3), «parziali e provvisori» (punto 27.2), ha contraddittoriamente concluso che «nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente bisognose poi di conferma» (27.2). Come pure sembra essere espressione di una concezione del rapporto tra diritto di autodeterminazione e autorità sbilanciata a favore del secondo il ricorso al concetto di rischio di ignoto irriducibile, ossia che il fatto che l'esigenza di profilassi collettiva non possa attendere un tempo lunghissimo per tutte le possibili sperimentazioni (punti 28 e 30) e che il bilanciamento rischi/benefici è assolutamente accettabile (punto 31), riconoscendo al legislatore la più ampia discrezionalità nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive (punto 32.6). Interessante appare il confronto con il precedente del medesimo Consiglio di Stato pronunciato poco prima dello scoppio della pandemia: «Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. “rischio zero” entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure “congrue rispetto al livello prescelto di protezione” ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano “una risposta proporzionale al rischio potenziale”, potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità” va modulata “l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici» (Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6655 del 3-10-2019).

AIFA sulla sicurezza dei vaccini anti Covid-19 pubblicato il 22 febbraio 2022, che dimostra come «non solo non solo il numero di eventi avversi da vaccini anti SARS-COV-2 è superiore alla , ma lo è di diversi ordini di grandezza (109 segnalazioni, a fronte di 17,9, e con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, a fronte di un tasso 1,9 segnalazioni gravi». Correttamente, pertanto, il Collegio ritiene che «Le emergenze istruttorie suggeriscono, quindi, una rivisitazione degli orientamenti giurisprudenziali fin qui espressi sulla base di dati ormai superati.» (punto 18.1, pag. 33 ordinanza in commento).

In particolare, il richiamato indice di costituzionalità (*supra* lett. b) non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco non abbia ancora prodotto sul piano degli eventi avversi evidenze scientifiche stabili (così la sentenza storica della Corte costituzionale n. 307/90, richiamata anche dalla recente sentenza Corte costituzionale n. 5/2018), considerato che per i vaccini anti Covid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento (terminerà tra il 2022 e il 2023, per la Pfizer, per gli altri vaccini nel 2025) e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli ipotetici effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine, nel mentre esistono casi acclarati casi di patologie cardio-vascolari, anche con effetti letali, conseguenti alla somministrazione vaccinale.

Con un lungo e ben argomentato ragionamento, il CGARS, pur rilevando che la maggior parte degli effetti collaterali elencati nel data base del sito di EudraVigilance evidenziano sintomi modesti e transitori, puntualizza che «gli eventi avversi più seri comprendono disordini e patologie a carico dei sistemi circolatorio (tra cui trombosi, ischemie, trombocitopenie immuni), linfatico, cardiovascolare (incluse miocarditi), endocrino, del sistema immunitario, dei tessuti connettivo e muscolo-scheletrico, del sistema nervoso, renale, respiratorio; neoplasie. Nel novero di tale elencazione rientrano, evidentemente, anche patologie gravi, tali da compromettere, in alcuni casi irreversibilmente, lo stato di salute del soggetto vaccinato, cagionandone l'invalidità o, nei casi più sfortunati, il decesso» tanto che concludere in modo chiaro ed inequivocabile che emerge il dubbio che «che farmaci a carico dei quali si stiano raccogliendo segnalazioni su tali effetti collaterali soddisfino il parametro costituzionale sopra richiamato» (punto 18.4, pag. 38 ordinanza in commento).

Inoltre, continua il Collegio, sebbene non si possa escludere mai la possibilità di reazioni

avverse a qualunque tipologia di farmaco, il criterio per testare la legittimità della somministrazioni obbligatoria va ricercato nell'imprevedibilità della reazione avversa e nel caso fortuito, circostanza che non sembra ricorrere nel caso dei vaccini anti Covid-19, considerato che i dati pubblicati dal sistema EudraVigilance, disaggregati Stato per Stato, evidenziano tipologie omogenee di eventi avversi, in relazione ai quali va dunque escluso il caso fortuito o la reazione imprevedibile (punto 18.4, pag. 39 ordinanza in commento). Tale caratteristica dei vaccini anti Covid-19 legata ai tempi contratti di sperimentazione, induce timori in una parte di cittadini (timori indotti anche da una comunicazione istituzionale semplicistica, a tratti assiomatica, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali non sono facilmente accessibili, e spesso contraddittoria), i quali hanno sempre diritto a rifiutare un trattamento sanitario quando i dati relativi agli effetti collaterali sono in fase di aggiornamento 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.

Né può invocarsi, a sostegno della legittimità dell'obbligo vaccinale che le reazioni gravi costituiscano una minima parte degli eventi avversi segnalati: con grande lucidità argomentativa, il Collegio ricorda che il criterio sulla tollerabilità degli effetti collaterali posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamenti sanitari obbligatori non lascia spazio a valutazioni di tipo quantitativo, che porrebbero tra l'altro delicati profili di ordine etico (a chi spetterebbe individuare la percentuale di cittadini sacrificabili?), restando perciò fuori dalla soglia di costituzionalità tutti quei trattamenti sanitari obbligatori che annoverano tra gli effetti collaterali eventi gravi e fatali, ancorché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata (punto 18.4, pag. 38 ordinanza in commento).

D'altra parte, in base al principio di precauzione e al patto intergenerazionale, di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o 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»<sup>4</sup>: e quindi allo stato, stante

---

<sup>4</sup> A. Mangia, *Si caelum digito tegeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC* n. 3/2021, p. 443.

l'impossibilità di fondare l'accertamento tecnico-scientifico degli effetti collaterali da vaccino nel medio e lungo termine sull'acquisizione di dati pro futuro difettano quei presupposti scientifici in base ai quali la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto legittimo 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 e dunque comprime il diritto di autodeterminazione ex art. 32 Cost.

Come è emerso dall'istruttoria disposta dal CGARS, disposta con l'ordinanza n. 38/2022 e approfonditamente richiamata nell'ordinanza 351/2022, i dati collazionati sugli effetti collaterali sono ancora provvisori perché in continuo aggiornamento del profilo beneficio-rischio dei singoli vaccini e dunque non in grado di confermare l'attendibilità del sistema di raccolta dei dati in ordine agli effetti collaterali e tale da compromettere l'adequatezza dei sistemi di monitoraggio dei vaccini anti Covid-19, questione quest'ultima cruciale «specie per i farmaci sottoposti ad autorizzazione condizionata, per i quali, successivamente alla commercializzazione, prosegue il processo di valutazione ... suscettibile di essere inficiato tanto da un'erronea attribuzione alla vaccinazione di eventi e patologie alla stessa non collegati causalmente, quanto da una sottostima di eventi collaterali, specie gravi e fatali. Tale evenienza comprometterebbe l'indagine volta a confrontare il farmaco la cui somministrazione è imposta legislativamente con il richiamato parametro costituzionale» (punto 18.3, pag. 35 ordinanza in commento) che esige, per giurisprudenza costituzionale costante, affinché il trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost., che esso non incida sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle *sole conseguenze* che appaiono *normali*, e pertanto *tollerabili* (corsivo nostro).

A questo si aggiunge che la forbice temporale di 14 gg. dell'algoritmo assunto dall'AIFA per connettere alla somministrazione vaccinale l'evento avverso è assolutamente insufficiente a radicare quella base scientifica che costituisce il necessario presupposto per il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore, che in campo sanitario è com'è noto vincolato dai risultati della ricerca medico-scientifica, non sono idonei a garantire – allo stato – la sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale.



La ratio della normativa posta a fondamento del provvedimento impugnato, in parte qua, eluderebbe il giudicato costituzionale: la giurisprudenza costituzionale in ambito sanitario ha stabilito che «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» o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica e che il principio di precauzione, che sembra ispirare il giudizio del giudice amministrativo, va necessariamente messo in relazione con l'altro principio fondamentale di proporzionalità, cui deve costantemente conformarsi e la corretta relazione tra i due principi, impone 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).

La valutazione dell'irrilevanza del futuro evento avverso sembra, ad avviso di chi scrive, frutto non di un'attenta analisi dei dati disponibili, sebbene provvisori, ma di una valutazione di dati scelti in modo discrezionale e funzionale a sostenere una determinata tesi, omettendo di considerare che proprio la forbice temporale, ossia il lasso di tempo necessario allo svolgimento della fase di farmacovigilanza è direttamente proporzionale al grado di sicurezza del farmaco in esame (lo stesso CGARS ricorda i tempi di sperimentazione di alcuni vaccini: 28 anni per la commercializzazione dei vaccini contro la varicella e 15 anni per il vaccino contro il papillomavirus, a prescindere dall'impiego della tecnica mRNA, già nota perché utilizzata nell'ambito di profilassi antitumorali e per il vaccino contro Ebola).

E mostrando così di adottare un'interpretazione del principio di precauzione piegata sulla scelta di uno solo dei valori in gioco, ossia l'interesse collettivo alla salute, che così assume i caratteri di un super-valore costituzionale in dispregio di quella stessa giurisprudenza costituzionale che la sentenza assume come fondamento per affermare la legittimità costituzionale dell'obbligo: in particolare si allude al bilanciamento tra libertà individuale e salute collettiva che la Corte costituzionale in tema di TSO ritiene possibile solo quando il vaccino «non incide negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato» nel senso di limitare gli effetti collaterali a quelli meramente temporanei e di scarsa entità (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 258; Corte Cost. 18

gennaio 2018 n. 4) dimostrando così di aderire ad un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione, che 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. In tal senso, infatti, milita il contro-limite dell'art. 32, secondo comma, Cost., che nell'interpretazione della Corte costituzionale può considerarsi soddisfatto solo se dal trattamento deriva un doppio beneficio, per la salute individuale e per quella collettiva.

Ulteriori profili di incostituzionalità, secondo l'interpretazione del CGARS, emergono dalle risultanze istruttorie in merito all'assenza di qualsivoglia accertamenti diagnostici nella fase del triage pre-vaccinale, nonché in relazione alla prestazione del consenso informato. Sotto il primo profilo, il Collegio ha rilevato che non vi è alcuna disposizione che preveda una relazione del medico di base, ovvero la prescrizione di controlli medici preventivi, nonostante la ricorrenza di alcuni effetti collaterali gravi come pericarditi e miocarditi, o tantomeno il prelievo di un tampone covid che escluda l'infezione in corso, che sconsiglierebbe la somministrazione vaccinale per il rischio di una reazione anomala del sistema immunitario. Sotto il secondo profilo, presenta evidenti rilievi di irrazionalità la richiesta del consenso informato in fase di anamnesi pre-vaccinale, considerato che la ratio della disciplina introduttiva di tale forma di consenso, il d.l. n. 73/2017 convertito nella l. n. 119/2017, è quella di garantire che il consenso del paziente a un trattamento sanitario volontario sia prestato sulla base di informazioni trasparenti e comprensibili, nel rispetto proprio del principio di autodeterminazione, che l'obbligo vaccinale inevitabilmente comprime. D'altra parte, che questa sia l'interpretazione corretta risulta anche dalla circolare del Ministero della Salute del 17 agosto 2017 di prima attuazione della legge sul consenso informato, citata dall'ordinanza in commento (punto 18.7, p. 51), nella quale si legge che «Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo».

L'Alta Corte amministrativa, alla luce della ricostruzione effettuata e non potendo pervenire a un'interpretazione conforme della normativa dedotta in giudizio, in particolare l'art. 4, d.l. n. 44/2021 e l'art. 1, l. n. 119/2017, ha ritenuto non superabili i dubbi di costituzionalità, per violazione rispettivamente degli artt. 3, 4, 21, 32, 33, 34, 97, Cost., da parte dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 e degli artt. 3 e 21 Cost. da parte dell'art. 1, l. n. 117/2017,

sul presupposto della necessaria non nocività dell'inoculazione e del limite invalicabile del rispetto della persona umana, stante «il rischio che in nome della vaccinazione di massa risulti sbiadita la considerazione della singola persona umana, che andrebbe invece sostenuta e rassicurata, tanto più quanto riluttante alla vaccinazione, con approfondite anamnesi e informazioni, con costi a carico del Servizio sanitario nazionale» (punto 19, pag. 53 ordinanza in commento).

Resta la consapevolezza che gli indici di costituzionalità posti dalla giurisprudenza costituzionale, come rileva lo stesso CGARS (punto 18.4, pag. 39 ordinanza in commento), a fondamento della legittimità dell'obbligo vaccinale, siano stati enucleati con riferimento a situazioni ordinarie di profilassi e che la pandemia abbia rappresentato un evento indubbiamente anomalo sotto il profilo giuridico-sanitario: tuttavia, può questa circostanza condurre la Corte costituzionale a ritenere che, in caso di emergenza, una parte della popolazione sia sacrificabile? Possiamo riconoscere allo Stato il potere di vita e di morte sui suoi cittadini?

Ad avviso di chi scrive, il limite invalicabile è costituito proprio dal rispetto della persona umana come divieto assoluto («in ogni caso») posto dall'art. 32 Cost. a tutela della persona nella sua integralità<sup>5</sup>, segnando quel passaggio culturale (e giuridico) epocale dell'anteposizione della persona umana allo Stato, sancito in sede di Assemblea costituente:<sup>6</sup> i trattamenti sanitari obbligatori, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza n. 282/2002, poi riproposta nelle sentenze nn. 268/2017, 5/2018 e 118/2020, devono «garantire [...] l'adequatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie» sulla base dell'«obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali». Secondo il giudice costituzionale, il legislatore non può stabilire, affidandosi alla mera discrezionalità politica, quali siano le pratiche terapeutiche

<sup>5</sup> Questa espressione va intesa nel senso che “il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo” (M. Luciani, (voce) *Salute, I*) *Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989, p. 10).

<sup>6</sup> Emblematici sono i passaggi dell'intervento di Aldo Moro che nel dibattito del 28 gennaio 1947 dinanzi alla Commissione per la Costituzione affermò che la tutela della salute poneva una questione di libertà individuale che non poteva non essere garantita dalla Costituzione e che trovò eco nella particolare formulazione dell'art. 32 e della clausola di chiusura volta al futuro volutamente aperta e dunque in grado di vietare i molteplici e imprevedibili modi di violare la persona umana (S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà e P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 178).

ammesse e i loro presupposti: in questo senso è chiara la linea di demarcazione tra il sapere scientifico, che assume in determinate circostanze la valenza di parametro interposto<sup>7</sup>, e la decisione politica che non appare rigida nella sua esplicitazione. La discrezionalità del legislatore si estende o si contrae anche in rapporto al grado di certezza delle evidenze scientifiche, alla loro condivisione nell'ambito della comunità scientifica, condivisione che non presuppone la staticità del dato ma la sua stabilità, caratteristica che non esclude che essa possa evolversi nel tempo. Il decisore politico è chiamato, così, a bilanciare in concreto, caso per caso i diversi potenziali rischi che possono derivare dalla somministrazione vaccinale. Senza considerare che la riduzione dello spazio della discrezionalità legislativa, dovuta alla ponderazione del dato scientifico e delle variabili di contesto, comporta analogia riduzione dello spazio di tutela giurisdizionale delle scelte limitative dei diritti fondamentali, sicché rilievo cruciale assume la trasparenza delle modalità di acquisizione e verifica e ponderazione delle risultanze scientifiche nella valutazione del rischio, realizzandosi una sorta di trasposizione della garanzia dei diritti fondamentali in gioco dalla tutela giurisdizionale ai processi decisionali di valutazione del rischio, che non può essere semplicemente superato da una qualche utilità del vaccino per la salute collettiva a discapito del soggetto vaccinato, il cui rischio per la salute individuale deve essere transitorio e ponderato<sup>8</sup>.

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<sup>9</sup>, in attuazione di quel principio di precauzione che non può essere riferito solo all'interesse della collettività: in tal senso va letto il divieto assoluto dell'art. 32, c. 2, per il quale «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», nel senso che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli

<sup>7</sup> C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

<sup>8</sup> G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *Giustiziainsieme.it*.

<sup>9</sup> La centralità della persona umana nell'ordinamento costituzionale, fortemente affermata dai Costituenti, trova una sua salda espressione nella rivoluzionaria configurazione del diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo, considerato che «la tutela della salute è nata e si è affermata negli ordinamenti giuridici nella sua dimensione collettiva, declinata in termini di tutela della salute pubblica dalle malattie. La salute è stata infatti tradizionalmente presa in considerazione dal diritto in una funzionale assolutamente antitetica rispetto all'esercizio delle libertà individuali, cioè come un loro penetrante limite» (C. Iannello, *Salute e Libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 73).

altri, fossero pure tutti gli altri» (Corte costituzionale, sentenza n. 118/1996).

## 5. Conclusioni.

Quando sono in discussione i diritti fondamentali della persona, che l'art. 2 della Costituzione italiana definisce inviolabili e non appannaggio di una *maggioranza*, occorre essere molto cauti perché essi innervano la forma di Stato e non sono diritti disponibili *ad libitum*, in quanto rappresentano un elemento indefettibile di sopravvivenza di quella stessa comunità sociale, perché tali diritti integrano il nucleo duro della Costituzione<sup>10</sup>. E questa affermazione è confermata dal fatto che i diritti inviolabili dell'uomo non sono modificabili neanche con il procedimento a tale scopo previsto dall'art. 138 Cost. perché la loro modifica implicherebbe esercizio di potere costituente<sup>11</sup>, nel mentre sappiamo che il potere di revisione costituzionale è potere costituito, secondo la notissima distinzione consegnataci dall'Abate Sieyès nel suo memorabile *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*<sup>12</sup>.

In questo contesto si inserisce, mirabilmente, la cd. dottrina del "diritto tiranno" elaborata dalla Corte costituzionale, che occorre tener sempre ben presente quando si tratta di mettere in relazione principi, diritti e libertà fondamentali: afferma la Corte che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e

<sup>10</sup> C. Mortati, (voce) *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *«Una e indivisibile»*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 216. Più recentemente si veda per tutti G. Azzariti, *Revisione Costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos*, n. 1/2016, p. 3.

<sup>11</sup> Per la distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 266 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

<sup>12</sup> Ecco le parole di Sieyès: «La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même. Avant elle, et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent pas y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du Gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la Nation» (J. E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Document électronique (Données textuelles), pp. 111- 112, notice n. : FRBNF37237001, cote : NUMM-41687, in <http://gallica.bnf.fr>).

non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non 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» (Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013). Tale costruzione interpretativa, com'è noto, è stata richiamata dall'ex Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella Relazione annuale della Corte del 2019 del 28 aprile 2020, che ha ribadito che il sistema delle garanzie costituzionali non ammette eccezioni/deroghe neanche in periodi di crisi.

L'allentamento delle maglie della Costituzione concorre inevitabilmente a rendere più instabili i rapporti interistituzionali, cedendo alla via più facile che è quella della delega all'organo esecutivo della ponderazione degli interessi in gioco, marginalizzando la sede politica naturale di tali ponderazioni, il Parlamento: tuttavia, come ci ricordava John Potter Stockton, “le Costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano sé stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia”.

Tale plastica rappresentazione del costituzionalismo occidentale individua nella Costituzione, un argine al potere della maggioranza, facendo sì che attraverso un complesso sistema di contrappesi (tra i quali rientrano i diritti fondamentali inviolabili e

preesistenti allo Stato), essa non si trasformi nella tirannide dei “cinquantuno”<sup>13</sup>, funzione questa di limite al potere e al governo arbitrario già propria delle Costituzioni liberali ottocentesche in grado di delimitare i poteri dei sovrani.

Resta forte la preoccupazione al cospetto del fatto che un tema così delicato, come quello dell’obbligo vaccinale e della limitazione dei diritti a chi rifiuta di vaccinarsi, possa essere risolto con strumenti discrezionali, aderendo a quell’opinione che nega di poter ricorrere ad un generico principio di ordine pubblico o di sicurezza allo scopo di giustificare limiti ai diritti fondamentali all’infuori dei casi in cui la Costituzione espressamente lo prevede<sup>14</sup>. Siamo al cospetto della defondamentalizzazione della libertà di autodeterminazione personale, sovente considerata un retaggio dello Stato liberale, che va sacrificato in nome dell’interesse della collettività, così come affermato con una certa “leggerezza di cultura costituzionale” dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045/2021: questa impostazione trascura, infatti, che nel nostro ordinamento nessuno può imporre il sacrificio individuale a fronte di un interesse collettivo, perché altrimenti l’esercizio della libertà individuale non sarebbe responsabile in quanto sarebbe rimessa all’arbitrio del potere pubblico, e così travolgeremmo uno dei canoni fondamentali del costituzionalismo moderno, ossia il principio per cui i diritti fondamentali costituiscono argine al potere. Non a caso la Corte costituzionale nella sentenza n. 307/1990 affermava che il dovere di solidarietà «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Una cosa è la solidarietà come esercizio di libera scelta, altra cosa è la solidarietà imposta. E di certo, alla base dell’obbligo vaccinale, dovrebbero esserci valutazioni di ordine medico-scientifico a salvaguardia dell’integrità della persona umana, non certo il principio di solidarietà, che va inteso quale tipica obbligazione morale reciproca della società civile, come tale incoercibile e scaturente dal personale convincimento che quel comportamento corrisponda a un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, senza che occorra oppure no prevedere un obbligo: in tal senso, il principio di solidarietà diviene manifestazione del principio personalista nel rispetto del principio di autodeterminazione e delle istanze collettive, ma a condizione che il trattamento sia diretto a preservare lo stato di salute di chi lo subisce e che all’autolimitazione del diritto del singolo di rifiutare le cure debba corrispondere il sacrificio (la tutela indennitaria) che la collettività deve subire quando al

<sup>13</sup> L. Einaudi, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Bari, Laterza, 1954, p. 92 ss.

<sup>14</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1967, II, p. 840.



singolo derivi un danno, imprevisto e imprevedibile, dal trattamento sanitario.

Il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio assoluto che presiede al bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

Ma anche a voler prescindere dalle chiare indicazioni della lettera dell'art. 32 Cost., l'evoluzione del nostro ordinamento giuridico registra una crescente valorizzazione dei diritti di autodeterminazione, come il consenso informato, l'autodeterminazione della cura, il testamento biologico (DAT) e il coevo dibattito sul diritto di fine vita, che mostra un'indicazione preferenziale per modelli non impositivi in grado di riflettere in modo più adeguato l'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 13, 21 e 32, Cost.

Non si condivide, pertanto, quell'orientamento che individua nel principio di solidarietà sociale la sola causa giustificativa delle misure di contenimento e della somministrazione vaccinale e il presupposto della prevalenza della dimensione collettiva sulla dimensione individuale del diritto alla salute, secondo un'accezione di solidarietà orizzontale distinta e autonoma dalla solidarietà verticale o istituzionale e come tale idonea a rendere accettabile la perdita di diritti per chi rifiuta di sottoporsi *volontariamente* alla vaccinazione<sup>15</sup>. Trattasi di una formulazione dei doveri di solidarietà che trascenderebbe la lettera dell'art. 2 Cost. che, al contrario, ancora il principio di solidarietà (rilevante per il diritto) alla tassatività delle fattispecie dei doveri costituzionali giuridicamente coercibili, nella quale si riflette il principio della certezza del diritto: in questo senso i doveri di cui all'art. 2 Cost. sono quelli esplicitati dalla Costituzione e va esclusa l'idea di un catalogo aperto di doveri costituzionali, indeterminati e indeterminabili *ex ante*, perché potenzialmente idonei a interferire con le libertà fondamentali, limitandone la piena esplicazione<sup>16</sup>.

Per il diritto, infatti, l'obbligo vaccinale e la raccomandazione vaccinale non si pongono sullo stesso piano quanto a effetti giuridici, sebbene accomunati sotto il profilo dell'equo indennizzo in caso di danno irreversibile alla salute (Corte cost., s.n. 5/2018; da ultimo s.n.

<sup>15</sup> Q. Camerlengo e L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 212 ss.

<sup>16</sup> A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020, p. 774 ss.

118/2020)<sup>17</sup>, e il *discrimen* tra queste fattispecie giuridiche è la tutela della dignità umana – e dunque della garanzia della permanenza della salute del singolo individuo a somministrazione vaccinale avvenuta – come limite assoluto all’obbligo vaccinale e il consenso informato come riconduzione della somministrazione vaccinale raccomandata al principio di autodeterminazione del singolo.

Il corretto inquadramento della solidarietà quale limite finalistico alla dimensione individuale della sfera giuridica, costituisce una solida base per i doveri menzionati dalla Costituzione fra i quali rientra il dovere che lo Stato può richiedere ai consociati, concorrenti alla realizzazione del bene comune, di sottoporsi a trattamenti sanitari purché disciplinati con legge<sup>18</sup>, escludendosi che si possa invocare il principio solidaristico come principio *persuasivo* in assenza di obbligo *ex lege*: nella storica sentenza n. 5 del 2018, che ha definito i profili del sistema vaccinale introdotto con il dl 73/2021 convertito nella l. 119/2017, la Corte ribadisce la necessità che la legislazione statale impositiva di obblighi vaccinali deve garantire il «diritto della persona di essere curata efficacemente [...] e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica», nel rispetto di condizioni «eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»<sup>19</sup>.

La dimensione non autoritativa della solidarietà, espressione di quell’obbligazione naturale della società civile a carattere di reciprocità, essendo logicamente incoercibile perché rimessa alla spontaneità della condotta/prestazione e pertanto difettosa del requisito della giustiziabilità, risulta non idonea costituire il fondamento della mera raccomandazione vaccinale quale causa giustificativa dell’esercizio di diritti e libertà fondamentali. Viceversa, in caso di obbligo vaccinale, legittimamente imposto sulla base dei presupposti procedurali previsti dalla normativa nazionale e internazionale, la solidarietà orizzontale costituisce il corollario che arricchisce la solidarietà verticale quale fondamento dell’obbligo giuridico alla somministrazione vaccinale e la cui non osservanza è sanzionabile e giustiziabile, secondo la nota correlazione che esiste nel mondo del diritto

<sup>17</sup> Sul punto si rinvia a D. Morana, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all’equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 233 ss.

<sup>18</sup> C. D’Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 16.

<sup>19</sup> Per un’analisi della decisione A. Iannuzzi, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico – statistiche*, in *Consulta Online*, 1/2018, p. 87 ss.

tra obbligo giuridico e sanzione.

Queste considerazioni giovano a chiarire la distinzione concettuale tra obbligo vaccinale e raccomandazione vaccinale (che non possono essere sovrapposti in quanto forieri di effetti giuridici diversi) e non fugano i dubbi di legittimità costituzionale. Da un lato, siamo al cospetto di un obbligo vaccinale illegittimo in quanto carente dei presupposti (evidenze scientifiche stabili sugli effetti avversi e/o collaterali di lungo periodo) che, escludendo il rischio di eventi letali per la salute del vaccinando tale da essere contenuto nei limiti della normale tollerabilità, renderebbero la previsione dell'obbligo conforme ai requisiti di sicurezza richiesti dalla giurisprudenza costituzionale affinché il TSO previsto dall'art. 32 non violi il divieto (assoluto) del rispetto della dignità umana.

La dignità della persona non è nella disponibilità del popolo sovrano e dei suoi rappresentanti e, pertanto, non è bilanciabile, “in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati”<sup>20</sup> e si configura come “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”, rendendosi in tal modo evidente lo stretto nesso che lega dignità umana, principio di eguaglianza e diritti inviolabili e la polisemanticità di tale concetto<sup>21</sup> calato nella polivalenza della società multiculturale e superandosi, in tal modo, ogni timore che tale concetto possa variare in relazione alla sensibilità dell'interprete. Una dignità non astratta, dunque, ma calata nella dimensione delle relazioni sociali dei soggetti<sup>22</sup>, ancorata a un paradigma socialmente e storicamente individuato<sup>23</sup>.

Come ebbe ad affermare la Corte Suprema statunitense in una celebre sentenza, vi sono «materie che necessitano di essere sottratte alle vicissitudini della lotta politica, per essere poste oltre la portata delle maggioranze» poiché «i diritti fondamentali non possono essere

<sup>20</sup> G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, accessibile al link: [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html).

<sup>21</sup> S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019 – Special Issue, p. 61 ss.

<sup>22</sup> G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza 2016, p. 168.

<sup>23</sup> P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 126 ss.

soggetti al voto» né dipendere «dall'esito delle elezioni»<sup>24</sup>.

Questo prezioso lascito del costituzionalismo liberale, per il quale il presupposto filosofico dello Stato ottocentesco è la dottrina dei diritti dell'uomo, "secondo cui l'uomo, tutti gli uomini indiscriminatamente, hanno, per natura, e quindi indipendentemente dalla loro stessa volontà, tanto più dalla volontà dei pochi o di uno solo, alcuni diritti fondamentali"<sup>25</sup>, viene trasfuso nello stato costituzionale di diritto e reso più efficace sotto il profilo delle garanzie, superando il limite puramente formale della rule of law, attraverso "la costituzionalizzazione dei diritti naturali, ovvero la trasformazione di questi diritti in diritti costituzionalmente protetti, cioè in veri e propri diritti positivi"<sup>26</sup>.

Una vigilanza attenta va quindi riservata nei confronti di ogni tentativo, più o meno esplicito, di intaccare i diritti fondamentali che sono il tessuto connettivo delle Costituzioni contemporanee; pericolo che si manifesta, con particolare frequenza, al cospetto di situazioni emergenziali, spesso occasione di discutibili interventi di compressione dei diritti e delle libertà costituzionali.

A questa richiesta di protezione ha dato voce il CGARS con la sua ordinanza n. 351/2022, richiesta alla quale si auspica che la Corte costituzionale non si sottragga.

**Abstract:** La riflessione si incentra sull'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana con la quale l'Alta Corte amministrativa rinvia alla Corte costituzionale, per il controllo di costituzionalità, la legge che prevede l'obbligatorietà del vaccino anti Covid-19 solo per alcune categorie di lavoratori, in particolare gli operatori sanitari.

**Abstract:** The analysis focuses on the order of the Council of Administrative Justice of the Sicilian Region with which the High Administrative Court referred to the Constitutional Court - for the judgment of constitutionality - the law that provides the mandatory Covid-19 vaccine only for some categories of workers, in particular health professionals.

**Parole chiave:** Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana – vaccino

<sup>24</sup> USSC, *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

<sup>25</sup> N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, Simonelli Editore, 2006, p. 32.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 38.

obbligatorio – diritto alla salute – Costituzione – libertà personale.

**Key words:** Administrative High Court of Sicilian Region – Mandatory vaccine – right to health – Constitution – personal freedom.

# DALLA TORSIONE DELLA FORMA DI GOVERNO ALLA VERTICALIZZAZIONE DELLA DECISIONE PARLAMENTARE: LO SVOLGIMENTO DEI LAVORI DELLE CAMERE IN TEMPO DI PANDEMIA E LO SMART VOTING\*.

di Paola Mazzina\*\*

**Sommario.** 1. La *istantaneizzazione* della decisione politica in tempo di pandemia ed il ruolo delle Assemblee parlamentari. – 2. Profili costituzionali e *verticalizzazione* della decisione parlamentare in materia di organizzazione e svolgimento dei lavori delle Camere: lo *smart voting*. – 3. Le restrizioni derivanti dal c. d. *green pass* rafforzato nel procedimento per la recente rielezione del Presidente della Repubblica. – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. La *istantaneizzazione* della decisione politica in tempo di pandemia ed il ruolo delle Assemblee parlamentari.

Dal 31 gennaio 2020, data in cui il Consiglio dei Ministri deliberava, come noto, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso alla diffusione del contagio da Covid-19, hanno preso avvio, sul piano dei rapporti istituzionali, complesse dinamiche che hanno inciso sia sulla forma di Stato, sia su quella di governo<sup>1</sup>.

Dall'assetto centripeto a ridotta *leale collaborazione* nella gestione dell'emergenza sono scaturiti scontri di competenze tra Stato e Regioni che hanno determinato, attraverso le

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Professoressa Associata in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

<sup>1</sup> Il 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. c), e dell'art. 24, c. 1, d. lgs. n.172018 (c.d. *Codice della Protezione Civile*), il Governo italiano deliberava lo stato di emergenza a causa della diffusione della pandemia da Covid-19, primo atto formalmente burocratico dal quale si è successivamente dipanata una serie di misure restrittive finalizzate al contrasto del contagio. Tra i testi che hanno trattato per primi il tema sotto varie angolature, si segnalano Atti del XXXV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti 4 dicembre 2020, *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale Scientifica 2021, 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, Editoriale Scientifica 2020, G. De Minico e M. Villone (a cura di), *Stato di diritto – Emergenza – Tecnologia*, Milano, Giuffrè, 2020, nonché M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *Covid-19 vs. Democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, ESI, 2020; M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo e M. Malvicini, *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica 2020, F. Niola e M. Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, vol. I e II, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

iniziative intraprese direttamente dal Presidente del Consiglio e dai Presidenti di Regione, processi di torsione monocratica della forma di governo e, segnatamente, di ulteriore personalizzazione della politica, accentuati proprio dall'esigenza, imposta dall'emergenza sanitaria, di assicurare interventi tempestivi<sup>2</sup>.

Ciò ha comportato che la gran parte dei poteri di indirizzo politico ai diversi livelli governativi è stata avocata dai *leaders* monocratici, mentre sono state messe in ombra le assemblee, luoghi della rappresentanza politica e della partecipazione dove «[...] si costruisce il consenso attorno alle decisioni che si assumono [...] dove la politica riconosce, valorizza e immette nelle istituzioni ciò che di vivo emerge dalla società civile»<sup>3</sup>.

La scelta (o meglio la necessità) dell'Esecutivo di mantenere a livello centrale l'adozione delle misure necessarie per evitare il contagio e mettere in sicurezza i cittadini, lasciando solo alcuni, limitati, poteri alle Regioni (e ai sindaci), ha contribuito, infatti, ad accentuare l'emarginazione del Parlamento e delle assemblee in genere<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> In merito, come è noto, non sono mancate, soprattutto nella prima fase, 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 e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 394 ss. Nelle fasi successive, invece, tali contrasti sono progressivamente diminuiti. Al riguardo, si veda, lo studio di G. Marchetti, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it, Focus America Latina*, n. 8/2022, nel quale l'A. osserva che mentre nella prima fase ci si è discostati dal modello di regionalismo cooperativo delineato dalla riforma del 2001 determinando episodi di contrasto tra gli enti, nelle fasi successive i contrasti sono stati in gran parte superati grazie alla volontà del Governo di riconoscere alle Regioni un maggiore ruolo di monitoraggio e di intervento, da un lato, e di operare un coordinamento con queste ultime, dall'altro al fine di adottare soluzioni condivise (come avvenuto per le decisioni relative alla campagna vaccinale e al *green pass*); Id., *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, *Research Paper, Centro Studi sul Federalismo*, maggio 2021. Sui rapporti Stato-Regioni nel periodo della pandemia, si vedano, altresì: E. Catelani, *Il rapporto tra Stato e Regioni al tempo del Coronavirus: una premessa*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 3 ss.; F. Clementi, *Decreti troppo a maglie larghe mandano in tilt il Titolo V*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 marzo 2020; F. Cortese, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1/2020, p. 3 ss.; F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, p. 333 ss.; G. Di Cosimo e G. Menegus, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal Giornale di BioDiritto*, 16 marzo 2020, p. 1 ss.; C. Negri, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19 tra uniformità e differenziazione*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2021, p. 648 ss.; G. Ferraiuolo, *Nazionalismo banale e livelli di governo dell'emergenza*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno*, cit., p. 113 ss.; M. Mandato, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020, p. 1 ss. In argomento sia altresì consentito rinviare anche a P. Mazzina, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020.

<sup>3</sup> Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento, Roma, 03/02/2022, al sito ufficiale.

<sup>4</sup> Il fenomeno è stato commentato da numerosi studiosi e si è accentuato nel corso della gestione della pandemia con la tendenza a ricorrere, a livello statale, al largo impiego dei dd.ll. e dei dd. PP. CC. mm. Quanto alla



Analoghi orientamenti centripeti possono ricavarsi anche, sul piano del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, dalla tendenza – avallata dalla Corte costituzionale – di ricondurre gli interventi adottati per contrastare l'emergenza, ora nell'ambito delle materie attribuite in via esclusiva allo Stato – si pensi, ai sensi degli artt. 117, co. 2, lett. g), h), e q), Cost., all'ordinamento e all'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali, all'ordine pubblico e sicurezza, alla profilassi internazionale (cfr., in particolare, sent. n. 37/2021) – ora di quelle concorrenti, come la tutela della salute e la protezione civile (cfr. art. 117, co. 3, Cost.), utilizzate secondo lo schema tipico delle materie disciplinate in base al criterio di concorrenza o del modello della *chiamata in sussidiarietà*, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentt. Nn. 303/2003 e 6/2004<sup>5</sup>.

limitazione dei poteri degli enti e degli organi sub-statali e con particolare riferimento alla prima fase della diffusione del contagio, si consideri il d.l., n. 19/2020 che ha 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 decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, 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 è 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». 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, d.l. n. 19/2020, disposizione con cui si è 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 co. 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 (co. 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 fissare il divieto che provvedimenti regionali potessero incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia. Quanto ai poteri dei sindaci, nello stesso atto viene abrogata la previsione contenuta nell'art. 3, co. 2, d.l. n. 6/2020 secondo la quale «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267», fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d. l. 6/2020, ovvero dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1989, n. 833. Per approfondimenti bibliografici si rimanda, per tutti, alle indicazioni contenute nelle note n. 1 e n. 2.

<sup>5</sup> Tra gli altri, G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid -19*, in *Diritti Regionali*, 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 ss.; F. Furlan, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi.it*, 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 *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 3/2020, p. 116 ss. ai quali si rimanda anche per la disamina di alcuni casi pratici.

A sua volta, l'utilizzazione massiccia della decretazione presidenziale a carattere emergenziale ha aggiunto l'ennesimo segmento a quel processo di personalizzazione della politica e di rafforzamento delle figure di *leadership* legato anche alle evoluzioni della forma partito, che ha rafforzato il suo vertice dando luogo a tendenze che si sono tradotte a loro volta in meccanismi di parallelo rafforzamento di *leaders* locali dotati spesso di largo consenso territoriale<sup>6</sup>.

Gli unici soggetti istituzionali che si sono posti in termini dialettici con il Presidente del Consiglio sono stati, infatti, i vertici degli esecutivi regionali, anche perché su di loro è ricaduto il compito di gestire in prima linea non solo la fase emergenziale appena essa si è manifestata ed il *lockdown*, ma anche tutte quelle successive.

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 *disegno* non privo di criticità che a volte ha agito in maniera più restrittiva ed altre volte si è tradotto in un alleggerimento delle limitazioni previste dalle misure statali<sup>7</sup>.

Se le iniziative dei Presidenti hanno rappresentato un argine che ha retto maggiormente rispetto all'esercizio immediato (o, con brutto neologismo, *istantaneizzazione*) del potere, derivante dalla concentrazione nell'Esecutivo, il rispetto del principio di continuità degli organi costituzionali, ribadito nella sent. n. 1/2014 e nella più recente sent. n. 10/2020 Corte cost., ha suggerito, com'è noto, una profonda riflessione sulla necessità di garantire anche il regolare funzionamento delle Camere al fine di mantenere inalterato l'equilibrio dei poteri costituzionali<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> F. Musella, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 108 ss. il quale nel proporre un approfondimento del processo di personalizzazione verifica l'uso dei poteri di emergenza e fa luce sulle disfunzioni nel rapporto Stato-Regioni.

<sup>7</sup> Sul tema dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia si vedano, più recentemente, i lavori 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 *Diritti Regionali*, n. 3/2021; G. Marchetti, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni*, cit.; C. Negri, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni*, cit.; 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, nonché, sia consentito, P. Mazzina, *L'Autonomia politica regionale*, cit., p. 177 ss. e l'ampia bibliografia richiamata.

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 *BioLaw Journal Giornale di BioDiritto*, 22 marzo 2020, p. 3 ss.; posizione più ampiamente presente in Idd., *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 582 ss.

<sup>8</sup> Per quanto riguarda la continuità dell'attività di altri organi nel periodo pandemico, si consideri che la Corte costituzionale non ha interrotto i lavori ed ha predisposto nuove modalità di trattazione delle udienze, sfruttando le opportunità offerte dalla tecnologia, per assicurare il pieno svolgimento delle proprie funzioni. Cfr. Corte costituzionale, *Emergenza covid-19: la Consulta rinvia le udienze pubbliche di marzo. Continuano le altre attività*,

Tale equilibrio, fortemente compromesso, soprattutto in periodi emergenziali, dalla difficoltà di agire tempestivamente e con immediata efficacia, ha richiesto, a seguito dell'irrompere della diffusione della pandemia, una riflessione in ordine ad un ripensamento dell'organizzazione dei lavori del Parlamento, reso necessario dalle limitazioni della libertà di circolazione disposte per contenere e contrastare il contagio da Covid-19.

Con lo sguardo rivolto alle innovazioni tecnologiche allo stato disponibili, il presente studio – constatato che la contingenza derivante dall'emergenza pandemica ha ampliato numericamente e reso, in alcuni casi, necessarie forme di presenza aggregata in rete per lo svolgimento di attività pubbliche e private – si propone di approfondire pertanto il tema della sostituzione del lavoro parlamentare *in presenza* con quello *a distanza*.

## 2. Profili costituzionali e verticalizzazione della decisione parlamentare in materia di organizzazione e svolgimento dei lavori delle Camere: lo *smart voting*.

Una ricognizione delle questioni connesse all'organizzazione dei lavori parlamentari evidenzia che il tema maggiormente dibattuto ha riguardato in proposito la necessità o possibile introduzione di meccanismi telematici attraverso i quali permettere ai parlamentari la partecipazione da remoto alla discussione e alla votazione sia in Commissione che in Aula<sup>9</sup>.

---

*Comunicato del 9 marzo 2020 e Decreto del Presidente della Corte costituzionale del 24 marzo 2020, Ulteriori misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19.* L'ordine giudiziario è stato posto nelle condizioni di poter riprendere l'attività con modalità c.d. cartolare di trattazione delle udienze ai sensi dell'art. 83, co. 5, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2000, come modificato dal decreto legge 17 luglio 2020, n. 77. La stessa normativa, all'art. 73, co. 1, ha ammesso nel caso dei Consigli dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane e delle Giunte comunali lo svolgimento delle sedute in videoconferenza, autorizzando a riunirsi a distanza, nel rispetto di criteri di trasparenza e tracciabilità previamente fissati dal Presidente del Consiglio, ove previsto, o dal Sindaco, «[...] purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti, sia assicurata la regolarità dello svolgimento delle sedute e vengano garantiti lo svolgimento delle funzioni di cui all'articolo 97 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente». Sull'estensione della decisione del Governo di riconoscere, in base all'art. 73, del d. l. 18/2020, la possibilità per i Consigli comunali, provinciali e delle Città metropolitane e delle Giunte regionali di riunirsi in videoconferenza anche al Parlamento si è affermato che è una valutazione che non può essere affidata al Governo, per ragioni di alterità e perché quelle assemblee non possono essere paragonate al Parlamento, in quanto la Corte costituzionale ha più volte evidenziato «l'unicità del Parlamento (sentt. 106 e 306/2002) e la totale diversità delle funzioni rispetto alle assemblee locali (sent. 35/2017), anche rispetto alla diversa forma di governo, senza considerare che trattandosi di un'emergenza nazionale, il ruolo delle autonomie, soprattutto locali, era più marginale», A. Pertici, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 12.

<sup>9</sup> Per ovviare al rischio del mancato raggiungimento del numero legale, la Camera dei deputati, avvalendosi dell'art. 46, co. 2 del Regolamento, ha adottato una soluzione provvisoria con cui i deputati impediti sono stati considerati assenti giustificati. Inoltre, la Conferenza dei Capigruppo, all'unanimità, ha condiviso la decisione di

L'esigenza di individuare soluzioni conformi con il quadro costituzionale e con le norme ed i principî del regolamento parlamentare di riferimento, ha indotto a concentrarsi sul testo dell'art. 64, co. 3, Cost., ossia sul tenore di una disposizione che, nel disciplinare il funzionamento delle Camere, prevede che «le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale»<sup>10</sup>.

Proprio rispetto a questa previsione costituzionale l'emergenza sanitaria ha richiesto di valutare la possibilità di una sua interpretazione evolutiva in grado di declinare in termini diversi la prescrizione della presenza dei parlamentari ai lavori della Camera.

Si è trattato, in sostanza, di considerare se la situazione emergenziale in atto giustificasse o meno e, in caso affermativo, in quali casi e in che termini, una interpretazione del dettato

---

lavorare in Assemblea a ranghi ridotti. In relazione alla conversione in legge dei decreti-legge ed agli artt. 96-bis, co. 1 R.C. e 78, co. 2, R.S., che dispongono una riserva di Assemblea per la conversione dei decreti-legge che non è richiesta dalla Costituzione, è stata avanzata l'idea di consentire, attraverso una modifica dei Regolamenti parlamentari e per casi di grave emergenza, il procedimento legislativo decentrato. A favore di questa ipotesi si sono espressi tra i primi V. Lippolis, *Camere, voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 10 aprile 2020, p. 7. Un'ulteriore proposta di modifica dei Regolamenti parlamentari ha riguardato la possibilità di istituire Commissioni speciali – sulla falsariga di quelle consentite ad inizio legislatura prima della formazione delle Commissioni permanenti – a cui demandare la legislazione durante la fase dell'emergenza sanitaria. Trattasi della possibilità di istituire una Commissione speciale ai sensi dell'art. 22 R.C., cui affidare, assorbendovi anche le funzioni consultive di altri organi, lo svolgimento dell'esame in sede referente dei progetti di legge indifferibili e urgenti, nonché le attività conoscitive sulle diverse tematiche connesse all'emergenza pandemica. Tra i primi a sostenere questa soluzione F. Clementi, *Il Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 ore*, 16 marzo, 2020; S. Ceccanti, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal Giornale di BioDiritto*, 17 marzo, 2020; C. Fusaro, *Meglio niente Parlamento o un Parlamento Smart?*, in *LibertaEguale.it*, 15 marzo, 2020. Un altro rimedio che è stato preso in considerazione ha riguardato la possibilità, come previsto dall'art. 135 bis, co. 8-bis per le autorizzazioni a procedere di cui all'art. 96 Cost., di esprimere il voto nel corso di una giornata per evitare assembramenti. Inoltre, si segnalano le seguenti ulteriori iniziative: riprendendo quasi alla lettera una precisa formulazione, quella dell'art. 82, co. 2, del Regolamento della Camera dei deputati spagnola, è stata presentata alla Camera dei deputati la *Proposta di modificazione al Regolamento della Camera dei deputati*, d'iniziativa dei deputati Ceccanti ed altri, Doc. II, n. 15, attraverso l'inserimento dell'art 48-ter, per consentire la partecipazione ai lavori parlamentari e l'esercizio del voto secondo procedure telematiche; il disegno di legge A. S. 1834 presentato il 28 maggio 2020 riguardante *l'Istituzione della Commissione parlamentare sull'emergenza epidemiologica da COVID-19* per la durata della XVIII legislatura e composta da dieci senatori e dieci deputati, in modo da rispettare la proporzione tra i gruppi parlamentari e un presidente eletto a maggioranza assoluta dei componenti da scegliere tra i esponenti dell'opposizione; e la proposta di legge costituzionale A.C. 2452, primo firmatario S. Ceccanti, depositata alla Camera il 30 marzo 2020 e riguardante *L'introduzione degli artt. 55 bis e 55 ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*. Ampiamente, I. A. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 144 ss.

<sup>10</sup> Sulla genesi della disposizione si rimanda, per tutti, a: M. Manetti, (voce) *Regolamenti parlamentari*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 638 ss.; L. Gianniti e C. Di Andrea, (voce) *Art. 64*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, 2006, Torino, Utet, p. 1221 ss.; M. Magrini, (voce) *Art. 64*, in V. Crisafulli e L. Paladin (a cura di), S. Bartole e R. Bin (continuato da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 588 ss.

costituzionale volta a considerare presenti ai lavori deputati che partecipino agli stessi *a distanza*, per il tramite di videoconferenze o altri strumenti tecnologici.

A fronte di ragioni operative che rapidamente si sono imposte all'attenzione in quanto legate alla diffusione del contagio e che hanno reso necessario assicurare *quorum* deliberativi superiori rispetto alla maggioranza semplice, raggiunta, quest'ultima, dal ricorso ad una interpretazione estensiva dell'art. 46, co. 2, R.C.<sup>11</sup>, gli ostacoli che maggiormente hanno impegnato gli studiosi – oltre ai non pochi problemi applicativi che hanno suggerito una *re-ingegnerizzazione* dei procedimenti parlamentari – hanno riguardato, da una parte, la lettura dell'art. 64, co. 3, Cost. nella parte in cui prescrive la *presenza* dei parlamentari come presupposto di validità delle delibere assembleari<sup>12</sup>; e, dall'altra parte, le difficoltà in merito all'effettiva possibilità di

<sup>11</sup> La disposizione richiamata, in base al quale «i deputati che sono impegnati per incarico avuto dalla Camera, fuori della sua sede, o, se membri del Governo, per ragioni del loro ufficio, sono computati come presenti per fissare il numero legale», ha consentito di computare, ai fini del raggiungimento del numero legale per la validità delle sedute, quei deputati impossibilitati a raggiungere la sede istituzionale di Montecitorio o perché soggetti alla quarantena obbligatoria, ovvero all'isolamento fiduciario, riducendo così il rischio di paralisi del Parlamento. La riflessione, infatti, si è concentrata intorno alla considerazione che la mancanza di modalità alternative a quelle in presenza avrebbe reso pressoché impossibile garantire a tutti i parlamentari il diritto di prendere parte alle riunioni delle Camere. In particolare, l'attenzione si è focalizzata non solo sulla mancanza del *quorum* e sulla possibile alterazione dell'esito del voto, ma sulle votazioni per le quali sono richieste maggioranze particolarmente qualificate. Un esempio è offerto dal *quorum* prescritto dall'art. 81, co. 2, Cost. per lo scostamento del bilancio. In argomento, si rimanda all'intervento di S. Ceccanti alla discussione svoltasi presso la Camera dei deputati sulla *Proposta di modificazione al Regolamento (Articolo 48-ter: Partecipazione ai lavori parlamentari ed esercizio del voto secondo procedure telematiche)*, d'iniziativa dei deputati Ceccanti ed altri, Doc. II, n. 15, il 6 ottobre 2020. La problematica, già l'11 marzo 2020, è stata affrontata dalla Conferenza dei Capigruppo della Camera dei deputati in occasione del voto per autorizzare lo scostamento di bilancio di venticinque miliardi di euro per sostenere le misure economiche inserite nel c. d. decreto *Cura Italia*. Tale provvedimento ai sensi dell'art. 81, co. 2, Cost. ha richiesto, per essere adottato dalle Camere, la maggioranza assoluta dei componenti, *quorum* raggiunto con un accordo condiviso all'unanimità. Per assicurare il conseguimento della maggioranza prevista per tale decisione, si è deciso di ridurre proporzionalmente la consistenza dei gruppi parlamentari in modo da assicurare, comunque, la presenza di 350 deputati. In tal modo, il numero ridotto di presenze in Aula ha consentito di rispettare le regole del distanziamento sociale e rassicurare i parlamentari sul versante del pericolo dei contagi. La Camera ha dato il via libera allo scostamento di bilancio con 332 voti favorevoli, un astenuto e nessun voto contrario. Diversa la modalità di votazione scelta dal Senato: ammettere all'interno dell'emiciclo un numero massino di sei persone per gruppo parlamentare e di procedere con la votazione per appello nominale. Il Senato ha autorizzato lo scostamento di bilancio con voto unanime, nessun contrario e nessun astenuto. In questo modo – si è osservato – a *ranghi ridotti* le Camere hanno dato un segnale di vitalità che ha consentito il corretto svolgimento dei lavori parlamentari, nel rispetto delle regole per il contenimento dell'infezione, autorizzando il Governo all'emissione di maggior debito pubblico. I. A. Nicotra, *Stato*, cit., p. 144 s. che ricorda la posizione della Commissione di Venezia che ha invitato i Parlamenti degli Stati dell'Unione a svolgere le sessioni plenarie, a non consentire la sostituzione temporanea dei deputati né ridurre la loro presenza anche se proporzionalmente ed a trovare soluzioni ulteriori per permettere, anche in periodi eccezionali, la partecipazione alle sedute di tutti i parlamentari. Cfr. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, c. d. Commissione di Venezia, *Relazione intermedia sulle misure prese dai Paesi UE in relazione alla crisi Covid e il loro impatto sulla democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali*, 8 ottobre 2020.

<sup>12</sup> La proposta di una “re-ingegnerizzazione” è di N. Lupo, *Perché non è l'art. 64 a impedire il voto a “distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 2 ss. A livello metodologico alcuni hanno proposto un'interpretazione evolutiva del concetto di presenza (menzionato dall'art. 64 Cost.) non demandabile alla



dialogare e confrontarsi a distanza, di assicurare il pieno esercizio delle prerogative parlamentari – a partire dal diritto di espressione della propria opinione, di proposta e di voto, tutelato quest’ultimo quanto a personalità, uguaglianza, libertà e, se prevista, segretezza – ed al rischio che non sia affatto facile accertare la personalità e fugare ogni dubbio sulla regolarità del voto segreto<sup>13</sup>.

Considerazioni di natura costituzionale sviluppate sull’argomento hanno reso palesi posizioni che sono state – e continuano ad essere – polarizzate tra chi non individua ostacoli ai lavori a distanza ed, anzi, afferma che l’art. 64, co. 3, Cost. è solo una delle molteplici *pagine aperte* che la Costituzione del 1948 ha riservato per quelle che sarebbero state le evoluzioni anche tecnologiche che oggi consentirebbero ad un parlamentare di non essere fisicamente presente «in Aula», ma connesso da remoto; e chi, al contrario, nel qualificare tale ipotesi come una *rottura costituzionale*, ritiene che – nel rispetto di una concezione della rappresentanza politica quale diretto confronto tra le varie forze in campo – la *presenza* di cui alla ricordata disposizione debba essere declinata esclusivamente come fisica e non anche come “virtuale”<sup>14</sup>.

---

decisione delle Giunte per il Regolamento di Camera e Senato, né a deroghe puntuali ai Regolamenti parlamentari eventualmente decise all’unanimità dall’Ufficio di Presidenza e dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo; altri hanno rilevato il rischio inerente alla codificazione di tale interpretazione, in quanto veicolo di applicazione potenzialmente troppo ampia. Un’ampia ricostruzione riguardante il dibattito sulle modalità procedurali attraverso le quali introdurre nuove forme di voto è presente, per tutti, in R. Dickmann, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, Paper, 1° aprile 2020; P. Marsocci, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l’emergenza sanitaria Covid-19*, in *Consulta on line*, 6 maggio 2020, p. 7 ss.; E. Rinaldi, *La partecipazione “da remoto” all’adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un’ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento*, in *Consulta on line*, 29 giugno 2020, p. 5 ss. ed, in particolare, 8 s.. Tracciano un’agenda di lavoro sull’argomento, A. Malaschini e M. Pandolfelli, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 4/2020.

<sup>13</sup> Su queste problematiche si soffermano A. Malaschini, *Procedure parlamentari e legislazione d’emergenza*, in *Working Paper Series*, LUISS School of Government, marzo 2020; S. Curreri, *L’attività parlamentare ai tempi del COVID-19*, cit.; M. Bozzaotri, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020; e, sulla possibilità di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (ord. 17/2019) si rinvia a M. Siclari, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in *Nomos*, n. 1/2019.

<sup>14</sup> La letteratura sull’argomento è vasta. Senza nessuna pretesa di completezza, si segnalano tra i primi commenti a favore del voto a distanza, seppure con varie argomentazioni, S. Ceccanti, *Coronavirus, una giornata parlamentare anomala*, in *Libertaeguale.it*, 12 marzo 2020; Id., *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal Giornale di BioDiritto*, 17 marzo 2020; F. Clementi, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole-24 Ore*, 16 marzo 2020; Id., *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; M. Ainis, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020; E. Catelani, *La tecnologia può aiutare a far funzionare il Parlamento e i Prefetti ascoltino le Regioni*, in *Il Dubbio*, 26 marzo 2020; S. Curreri, *Il Parlamento ai tempi del COVID-19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, in *Perfondazione.eu*, 20 marzo 2020; Id., *Il Parlamento nell’emergenza*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; C. Fusaro, *Le Camere nell’emergenza della pandemia*, in *Perfondazione.eu*, 18 marzo 2020; N. Lupo, *La Costituzione non impedisce il voto “da remoto” dei*

Al fine di fornire una risposta ai richiamati interrogativi, a livello parlamentare – in vista della eccezionale situazione in cui ci si è trovati ad operare ed anche in ragione della effettiva difficoltà di varare riforme, in primo luogo, regolamentari – si è optato per l'applicazione di regole e prassi già vigenti nell'ordinamento di settore.

In tema di spostamenti, diversamente dall'esperienza del Parlamento europeo<sup>15</sup>, l'orientamento che è prevalso alla Camera dei deputati nei primi mesi di pandemia si è perlopiù basato su intese

parlamentari, in *Open.luiss.it*, 2 aprile 2020; I.A. Nicotra, *L'epidemia da covid-19 e il tempo delle responsabilità*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020; P. Pasquino, *Il coronavirus contro il Parlamento*, in *Lacostituzione.info*, 17 marzo 2020; A. Pertici, *Il Parlamento deve riunirsi*, in *Huffington-post.it*, 18 marzo 2020. Una posizione più temperata è quella di R. Dickmann, *Alcune questioni di costituzionalità*, cit. Pur ritenendo costituzionalmente legittima la possibilità di un voto a distanza rileva la preoccupazione di chi ha sottolineato l'importanza di garantire che il «[...] voto da "remoto" sia e rimanga personale ed eguale, libero e segreto come recita l'art. 48 Cost.[...]», tra gli altri, M. Bozzaotri, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza*, cit., p. 35 ss. Rilevi critici sono stati avanzati, tra i vari, da R. Calvano, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *Federalismi.it*, n. 21/2020, p. 45 ss., la quale, nel sostenere la necessità di una revisione costituzionale dell'art. 64 Cost., ricorda: «[...] che quanto ricade entro la sola capacità normativa e qualificatoria dei regolamenti parlamentari finisce per essere sottratto al giudizio di legittimità costituzionale, secondo una costante e nota giurisprudenza costituzionale. In questa ipotesi, le leggi approvate con tale procedura rischierebbero quindi di essere sottratte al sindacato del giudice delle leggi per vizi formali. Con ciò si verrebbe insomma a precludere la percorribilità della fondamentale garanzia del sindacato di costituzionalità contro un eventuale abuso che in futuro potesse verificarsi del voto a distanza e delle tecnologie informatiche a danno della genuina espressione della volontà delle Camere. Analogamente, la porta ancora stretta dei conflitti di attribuzione promossi da singoli parlamentari, sembrerebbe inevitabilmente destinata a precludere l'unica altra forma di tutela costituzionale astrattamente disponibile in simili casi (di violazione delle norme dei regolamenti che introducessero il voto a distanza), soprattutto in relazione agli atti legislativi, per i quali l'azionabilità dei conflitti tra poteri è, come è noto, sottoposta ad ancor più stringenti requisiti di ammissibilità [...]», p. 49 s.; V. Lippolis, *Voto a distanza no grazie. La presenza in Aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020; C. Sbailò, *Parlamento on line? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento*, in *Leformiche.net*, 31 marzo 2020; P. Pisicchio, *Voto a distanza? Per la Costituzione son on.li, non online*, in *Il Dubbio*, 18 marzo 2020; M. Villone, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020. Il dibattito è stato approfondito anche in due seminari *on line* organizzati il 27 marzo 2020 ed il 3 aprile 2020 dal Presidente della Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, on. G. Brescia (disponibili anche su Radio Radicale), ai quali hanno partecipato: Michele Ainis, Roberta Calvano, Stefano Ceccanti, Francesco Clementi, Salvatore Curreri, Vincenzo Lippolis, Massimo Luciani, Nicola Lupo, Pino Pisicchio, Lara Trucco, oltre al Presidente del Parlamento Europeo, David Sassoli e al Presidente emerito della Camera dei deputati, Luciano Violante. Sebbene avente come riferimento un diverso contesto, l'espressione sulle "pagine aperte" è di A. Barbera, *Le tre pagine lasciate aperte dal Costituente*, in *Quad. reg.*, n. 1-2/2007, pp. 57 ss., mentre ritiene il voto a distanza una "rottura costituzionale" M. Luciani durante il dibattito *on-line* organizzato dall'On. Brescia, *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, 3 aprile 2020.

<sup>15</sup> In particolare, l'Ufficio di Presidenza del Parlamento europeo ha autorizzato il Presidente a disporre, per le votazioni dallo stesso indicate, l'utilizzo del sistema alternativo del voto elettronico in ragione della impossibilità di fatto da parte dei parlamentari europei di raggiungere la sede del Parlamento a Strasburgo. Anche se il Parlamento europeo non può essere pienamente assimilato, per posizione istituzionale e funzioni, ai Parlamenti nazionali, va rilevato che la decisione adottata dall'Ufficio di Presidenza del Parlamento il 20 marzo 2020, si fonda essenzialmente sul combinato disposto degli artt. 187, par. 1, co. 2 e 192, par. 1 del Regolamento del Parlamento europeo, che prevede la possibilità, per il Presidente del Parlamento, di ricorrere in qualsiasi momento al sistema di votazione elettronica, la cui procedura è disciplinata da apposite istruzioni dell'Ufficio di presidenza. L'art. 2 della Decisione dell'Ufficio di Presidenza del Parlamento europeo, del 20 marzo 2020 (che integra la decisione del 3 maggio 2004 sulle disposizioni relative alle votazioni) dispone: «lett. a) La lista di voto e l'ora di apertura e chiusura della votazione sono pubblicate sul sito web del Parlamento. Le liste di voto, la scheda di voto e l'ora di apertura e chiusura della votazione sono inviate tramite email dalla casella di posta elettronica professionale di ciascun deputato; b) Il deputato vota compilando e firmando la scheda in formato cartaceo; c) Il deputato invia una



raggiunte nella Conferenza dei capigruppo e finalizzate a contenere sia le attività da svolgere, sia il numero dei deputati chiamati a parteciparvi, comportando – sebbene frutto di accordi unanimi – una evidente e drastica limitazione nelle modalità di esercizio del mandato dei singoli parlamentari<sup>16</sup>.

In merito, la possibilità di prevedere la partecipazione a distanza ai lavori parlamentari da parte dei componenti impossibilitati rappresenta un tema che si è posto all'attenzione della Camera dei deputati come ramo del Parlamento che ha fatto da apripista nella delicata materia.

Si tratta di una questione complessa in ragione delle caratteristiche riguardanti il funzionamento delle Camere cui i parlamentari concorrono nel vigente quadro costituzionale e regolamentare. A ben vedere, almeno fino all'erompere dell'emergenza pandemica, non era mai stata revocata in dubbio la necessità della presenza fisica nelle Aule e la partecipazione attiva al dibattito e alle eventuali deliberazioni, se previste, secondo quanto disposto dall'art. 64, co. 3, Cost.<sup>17</sup>.

L'aggravarsi nel giro di poche settimane della situazione epidemiologica ha reso tuttavia necessario adottare misure di carattere eccezionale per lo svolgimento delle attività finalizzate a consentire l'esercizio delle funzioni istituzionali della Camera, secondo modalità coerenti con le prescrizioni e raccomandazioni delle autorità sanitarie.

---

scansione o una fotografia della propria scheda, in formato PDF, IPG o in altro formato elettronico standard simile che assicuri un'immagine chiara e leggibile, tramite email dalla propria casella di posta elettronica professionale alla casella "plenaryvote@europarl.europa.eu"; d) Il computo dei voti è constatato dal Presidente sulla base delle schede che rispettano i requisiti di cui alle lettere b) e c) ricevute entro l'ora di chiusura della votazione di cui alla lettera a); e) l'utilizzo del sistema alternativo di voto elettronico è registrato nel processo verbale della seduta, unitamente ai risultati della votazione». In argomento A. Circolo, *Brevi note sulla votazione a distanza: il Parlamento europeo tra forza maggiore e garanzie procedurali*, in *DPCE online*, 29 marzo 2020.

<sup>16</sup> Tali accordi sono andati in crisi quando si sono dovute assumere posizioni politicamente controverse – come la votazione dell'ordine del giorno presentato da Fratelli d'Italia contro l'adesione del Governo al MES – a fronte della quale Fratelli d'Italia e Pd si sono resi indisponibili a rispettare il limite numerico concordato dai capigruppo per assicurarsi, rispettivamente, il diverso risultato finale. A. C., XVIII legislatura, seduta 24 aprile 2020. Il rischio di affidare non ad intese formali (la pronuncia della Giunta del Regolamento o la presa d'atto dell'Assemblea), ma a semplici accordi fra i gruppi, l'organizzazione dei lavori nel momento di particolare necessità è stato messo in evidenza da chi ha rilevato che «A prescindere, infatti, da ogni giudizio circa il loro rilievo, troppo incerta resta in ogni caso la loro reale effettività; fideisticamente subordinata alla spontanea osservanza di tali accordi e all'altrettanto spontanea rinuncia ad attivare tutti quegli strumenti utili, se del caso, a porre in essere manovre ostruzionistiche in grado di favorire l'uno o l'altro schieramento politico. E, non ultima, la non sempre certa possibilità, da parte di coloro che siano stati chiamati a partecipare alle sedute camerali, di poter esprimere posizioni il più possibile unitarie». M. C. Grisolia, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020, p. 599 e s. e prima N. Lupo, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020, p. 128 e A. Malaschini, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020, p. 277.

<sup>17</sup> L'argomento è stato affrontato rispettivamente dalla Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati nelle sedute del 4 e 31 marzo 2020; 7 maggio 2020; 6, 15 e 22 ottobre 2020; 4 novembre 2020, e dalla Giunta per il Regolamento del Senato della Repubblica nelle sedute del 6 giugno 2020 e del 10 novembre 2020.

Tali misure, tutte – si ribadisce – concordate unanimemente in sede di Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari, si sono concentrate su alcune attività, connesse all'emergenza Covid-19 e sulle limitazioni della presenza dei deputati in seduta per periodi prolungati<sup>18</sup>.

Quanto ai lavori dell'Assemblea, si è perciò convenuto di ridurli, nel corso dell'emergenza, all'esame dei progetti di legge indifferibili e urgenti – in primo luogo i disegni di legge di conversione di decreti-legge – e allo svolgimento di interrogazioni a risposta immediata e di interpellanze altrettanto urgenti, al fine di mantenere, attraverso lo svolgimento di informative urgenti, una costante interlocuzione con il Governo sull'emergenza Covid-19.

Anche l'attività delle Commissioni e degli altri organi parlamentari è stata perimetrata intorno all'esame dei progetti di legge riguardanti gli argomenti iscritti nel calendario dei lavori dell'Assemblea o quelli eventualmente assegnati in sede legislativa<sup>19</sup>, ammettendo le audizioni dei Ministri di settore (o anche di altri soggetti) in relazione alle diverse tematiche connesse all'emergenza stessa, nonché le sedute di sindacato ispettivo e l'espressione di pareri su atti del Governo in scadenza e non differibili<sup>20</sup>.

Analogamente alle decisioni assunte in molti altri Parlamenti di Paesi europei colpiti dal contagio, per evitare la presenza contestuale di un numero elevato di parlamentari per periodi prolungati, sono state raggiunte intese tra i Gruppi finalizzate, nel caso dei lavori dell'Assemblea, non solo a contenere – come si riferiva precedentemente – tali presenze, ma anche ad adottare idonee modalità di votazione, come quella per appello nominale<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> La decisione *de qua*, derivata dall'emergenza sanitaria e avente solo valore politico e non giuridico, non avrebbe potuto essere vincolante nei confronti di ciascun deputato, libero di partecipare sia alla seduta che al voto, in virtù dell'esercizio delle funzioni proprie del suo mandato. Diversamente, sarebbero sussistiti tutti i presupposti per sollevare conflitto di attribuzioni dinanzi al giudice costituzionale per violazione delle prerogative parlamentari. In argomento tra i primi, S. Curreri, *Il Parlamento ai tempi del COVID-19*, cit., p. 2.

<sup>19</sup> Al Presidente della Camera dei deputati, fin dai primi giorni dall'inizio della diffusione della pandemia, sono pervenute anche dai Presidenti di alcune Commissioni permanenti sollecitazioni volte a considerare la possibilità di ricorrere al voto a distanza. In questo senso va la lettera del 20 marzo 2020 con cui il Presidente della VI Commissione Finanze ha sollecitato l'avvio di una riflessione sulla possibilità per le Commissioni parlamentari di accedere a modalità di lavoro a distanza, quali le videoconferenze, con particolare riferimento allo svolgimento di sedute nelle quali non sono previste votazioni, quali quelle dedicate alle attività conoscitive e al sindacato ispettivo. Si cfr. anche la lettera inviata il 27 marzo 2020 dal Presidente della IX Commissione Trasporti e la lettera del 30 marzo 2020 del Presidente della VII Commissione Cultura.

<sup>20</sup> Per corrispondere alle prescrizioni e raccomandazioni delle competenti autorità sanitarie si è disposto che le Commissioni e gli altri organi parlamentari si riunissero in Aule o sale di maggiori dimensioni (ad es. la Sala del Mappamondo, la Nuova Aula dei Gruppi, la Sala della Regina e la stessa Aula della Camera), in modo da garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale, da soddisfare l'esigenza di evitare assembramenti, nonché – sulla base di una programmazione coordinata – da assicurare le necessarie operazioni di igienizzazione delle aule fra una riunione e l'altra.

<sup>21</sup> Il riferimento, nel primo caso, va all'accordo raggiunto all'unanimità dalla Conferenza dei capigruppo in base al quale avrebbero partecipato alla seduta circa la metà dei deputati di ogni gruppo, col duplice obiettivo di avere meno deputati all'interno dell'aula ma garantendo allo stesso tempo la proporzionalità tra i gruppi e il

Nel caso delle Commissioni, invece, sono state applicate le disposizioni del Regolamento sulle sostituzioni – istituto specificamente riferito ai deputati impediti a partecipare ai lavori della rispettiva Commissione – e si è incentivato il ricorso alle sedi redigente e legislativa soprattutto per l'esame dei disegni di legge di conversione di decreti-legge, cui si è riferita la maggior parte dell'attività legislativa emergenziale.

Con particolare riferimento a tale ultima decisione, le intese raggiunte tra i Gruppi hanno consentito – sebbene la Costituzione non faccia divieto di ricorrere a tali sedi decentrate – di superare temporaneamente le previsioni del Regolamento della Camera, che dispongono che i disegni di legge di conversione di decreti legge siano assegnati in sede referente, rendendo così necessaria l'ordinaria fase di esame in Assemblea<sup>22</sup>.

Anche in questo caso, seppure non fossero vincolanti per i singoli parlamentari, gli accordi raggiunti nella Conferenza dei capigruppo hanno consentito di non procedere alla fase di esame degli emendamenti in Assemblea, realizzando, in via di fatto, un effetto equivalente a quello proprio della sede redigente che riserva alla Commissione l'esame delle proposte emendative<sup>23</sup>. Ciò posto, sul piano delle procedure vigenti, la valutazione – limitatamente alla durata della fase emergenziale e proprio in ragione della stessa – di ricorrere a forme di partecipazione ai lavori delle Commissioni parlamentari da remoto e, in caso affermativo, con riferimento a quali procedure, ha condotto all'utilizzazione di tale modalità per le attività svolte in sedi nelle quali non sono state disposte votazioni<sup>24</sup>.

---

raggiungimento della maggioranza assoluta dei componenti. In particolare, si sono scelti i parlamentari del centro-sud Italia, per evitare che arrivassero a Roma i deputati delle Regioni del Nord, dove la diffusione del virus – nella prima fase – è stata maggiore. Per un approfondimento sulle soluzioni adottate in Francia, Germania e Spagna, si rimanda alla Nota breve n. 180 del marzo 2020, del Servizio Studi del Senato, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*; e, più ampiamente, al Dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati, *L'attività parlamentare durante l'emergenza Covid-19 nei Paesi dell'UE e nel Parlamento europeo: elementi di sintesi*, 15 ottobre 2020. Per uno studio comparato, si consiglia per tutti, C. Marchese, *I lavori parlamentari da remoto: un quadro comparato*, in *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, cit., p. 103 ss. e L.G. Sciannella, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 2059 ss.; F. Biondi e P. Villaschi, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*, n. 18/2020, p. 26 ss.

<sup>22</sup> Il riferimento va agli artt. 96-bis, co. 1, R.C. e, per il Senato, all'art. 78, co. 2, R.S.

<sup>23</sup> Così R. Fico, *Intervento* nella seduta del 31 marzo 2020 della Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati, *Resoconto sommario*, XVIII legislatura.

<sup>24</sup> In particolare, distinguendo tra le attività svolte in sede formale e quelle in sede informale, si è consentita la partecipazione da remoto – tramite sistemi di videoconferenza – ad alcune attività delle Commissioni svolte in sedi informali, ossia rilevanti sul piano procedurale e regolamentare, che si svolgono in sede plenaria o di collegi minori – previo invio ai componenti della convocazione ufficiale, oggetto anche di pubblicazione sul sito della Camera e nell'apposito bollettino – e che non sono soggette a resocontazione, salva l'indicazione, negli atti della Camera, dell'orario di svolgimento e salva, per le sole audizioni informali, la trasmissione via webtv. Per le sedi formali, fino al 4 novembre 2020, alla Camera è stata confermata la partecipazione diretta ai lavori. Dalle sedute

In ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale, la Giunta per il Regolamento della Camera ha fatto proprio un approccio gradualistico, disponendo che tali sedute, programmate in modo da assicurare il necessario supporto tecnico, dovessero svolgersi presso le sedi della Camera, con la presenza del Presidente della Commissione o di un Vicepresidente, nonché del funzionario segretario dell'organo e dei deputati che intendessero assicurare la loro presenza in sede.

Pertanto, in prima battuta, la partecipazione da remoto – tramite sistemi di videoconferenza e tranne che per tutte le riunioni formali – è stata consentita per alcune delle attività delle Commissioni svolte in sedi informali (es. uffici di presidenza e audizioni informali) e, dal 4 novembre 2020, in considerazione del riacutizzarsi della diffusione del contagio, è stata estesa a tutte le sedute delle Commissioni in cui non fossero previste votazioni<sup>25</sup>.

Complessivamente, le soluzioni che sono prevalse all'indomani delle restrizioni imposte, raggiunte grazie ad un *gentlemen's agreement* tra gruppi e singoli per consentire il prosieguo dei lavori in sicurezza, a ranghi ridotti e nel rispetto dei rapporti di forza tra i diversi raggruppamenti di maggioranza ed opposizione, ha determinato una *verticalizzazione* del dibattito e, quindi, della decisione parlamentare – in quanto affidata alla Conferenza dei capigruppo ed ai segretari dei partiti e, segnatamente, sottratta ai singoli parlamentari ciascuno dei quali rappresenta, come è noto, la Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.) – che

---

informali sono state tenute distinte – in quanto prive di rilievo procedurale o regolamentare nonché di rilevanza esterna – le attività (come riunioni, contatti per le vie brevi) svolte dai membri della Commissione o da una parte di essi, con o senza la partecipazione di soggetti esterni, che, sebbene funzionali allo svolgimento dei lavori dell'organo, non sono inquadrabili tra le attività istituzionali e dunque possono essere organizzate, convocate e svolte in forma del tutto libera, attraverso gli strumenti ritenuti più idonei allo scopo. Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati, *Resoconto sommario*, XVIII legislatura, seduta 9 novembre 2020.

<sup>25</sup> Per quel che riguarda i lavori del Senato, la Giunta per il Regolamento, si è riunito solo in due occasioni il 9 giugno 2020 ed il 10 novembre. Nel primo caso, con un orientamento più restrittivo rispetto a quello progressivamente assunto dalla Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati che, nella seduta del 31 marzo 2020, ha stabilito di consentire in via sperimentale, fino al termine della fase emergenziale, lo svolgimento con collegamento in videoconferenza delle attività delle Commissioni permanenti svolte in sede informale (cioè senza resocontazione), non solo con riferimento alle audizioni, ma anche con riguardo alle riunioni degli Uffici di Presidenza, compresa la programmazione dei lavori. In particolare, nella seduta del 9 giugno 2020 è stato disposto che: «Provvisoriamente, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica in corso, fino al 31 agosto 2020 per l'attività degli Uffici di Presidenza delle Commissioni permanenti in via informale – ferma restando la presenza in sede almeno del Presidente o del Vice Presidente della Commissione e del Capo dell'Ufficio di Segreteria – la partecipazione con collegamento in videoconferenza ai lavori degli Uffici di Presidenza è consentita anche ai componenti della Commissione, limitatamente allo svolgimento di audizioni»; mentre, il 10 novembre 2020, ha stabilito che: «In via transitoria, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica in corso, per le audizioni delle Commissioni del Senato e delle Commissioni bicamerali per le quali trova applicazione il Regolamento del Senato, è consentita la partecipazione con collegamento in videoconferenza ai lavori, ferma restando la presenza in sede almeno del Presidente o del Vice Presidente della Commissione e del Capo dell'Ufficio di segreteria». Giunta per il Regolamento del Senato della Repubblica, *Resoconto sommario*, XVIII legislatura, sedute del 9 giugno e del 10 novembre 2020.

ha ridotto il voto dei componenti del Parlamento a un plebiscito teso a ratificare il volere dei rispettivi *leaders* di partito<sup>26</sup>.

Tale circostanza, sebbene dettata da una situazione di emergenza, ha concorso ad acuire distorsioni che da decenni affliggono l'istituzione parlamentare italiana e derivanti dal crescente logorio del Parlamento come sede di mediazione politico-partitica e di decisione istituzionale ed a favorire la ben nota *fuga* della funzione legislativa e dell'indirizzo politico dall'istituzione parlamentare a favore ora – come la complessiva gestione dell'emergenza pandemica ha confermato – del graduale irrobustimento degli esecutivi ed ora – come nel caso dello svolgimento dei lavori parlamentari di cui si discorre – della decisione assunta certo in sede parlamentare, ma dai soli vertici dei partiti politici<sup>27</sup>.

### 3. Le restrizioni derivanti dal c. d. *green pass* rafforzato nel procedimento per la recente rielezione del Presidente della Repubblica.

La recente elezione del Capo dello Stato da parte del Parlamento in seduta comune con l'integrazione dei delegati regionali ha posto, inoltre, all'attenzione degli operatori e degli studiosi talune questioni che, in tempo di pandemia, hanno reso la preparazione del suo svolgimento più delicata e complessa del solito.

Le problematiche finora indagate si sono cioè riproposte, ma complicandosi in considerazione della circostanza per cui il Parlamento riunito in seduta comune funge da seggio elettorale, diversamente dal quando esercita le altre funzioni e per la preoccupazione che – in ragione dei *quorum* elevati fissati dalla Costituzione – la prevedibile assenza di una certa quota di cosiddetti

<sup>26</sup> Discorre di questo fenomeno M. Calise, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016. Con particolare riferimento alle dinamiche esaminate in questa sede, si veda L. Di Majo, *Un Parlamento smart? (Poche) luci e (molte) ombre dei lavori a distanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021, p. 152 ss.

<sup>27</sup> Il fenomeno descritto è articolato e non può essere riassunto esaurientemente in questa sede giacché si inserisce nell'ampia problematica che attiene, per esempio, alle deliberazioni legislative che – nelle urgenze infinite – trovano ormai di fatto alternativamente spazio e tempo solo in una Camera (nell'altra l'esame è divenuto formale); o al potere normativo del governo che l'emergenza ha reso dominante e multiforme, ponendo un problema di controlli parlamentari sull'operato; o al mai affrontato problema di individuare spazi parlamentari dove dare voce agli enti sub-statali emerso in maniera particolarmente evidente durante la pandemia periodo nel corso del quale, come si è già riferito, si sono manifestate contemporaneamente la necessità di interventi esclusivi dello Stato e di misure differenziate nel territorio. Così A. Manzella, *Nuovo Parlamento senza regole*, in *Corriere della sera*, 10 aprile 2022, p. 34. Tuttavia per maggiori approfondimenti sull'acuirsi del fenomeno durante la pandemia si rimanda, per tutti, a S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; R. Dickmann, *Alcune questioni di costituzionalità*, cit.; N. Lupo, *La Costituzione non impedisce*, cit.; I.A. Nicotra, *L'epidemia da covid-19*, cit.

(da una formula giornalistica corriva, che in realtà assimila gli elettori del Presidente della Repubblica italiana a quelli chiamati a farlo per il Presidente degli Stati Uniti) “Grandi elettori” potesse rendere ancora più difficile stringere accordi tra le forze politiche<sup>28</sup>, soddisfare le maggioranze prescritte – prolungando ulteriormente la procedura – e incidere sulla geografia parlamentare<sup>29</sup>.

Nell’ambito di un dibattito impegnato ad evitare che la risalita dei contagi potesse mettere a rischio il funzionamento del Parlamento ed alterare, dunque, gli equilibri politici, i temi che sono stati affrontati, relativamente alle procedure con le quali si è poi votato, hanno riguardato – tra gli altri – il presunto impedimento di votare da parte di diversi elettori – in un numero imprevedibile in anticipo e potenzialmente variabile da una votazione all’altra – impossibilitati a recarsi a Montecitorio perché contagiati o, comunque, in quarantena e le limitazioni negli spostamenti per i provenienti dalle isole, anche se non contagiati, ai quali, il decreto legge 30 dicembre 2021, n. 229, perché potessero salire su aerei o navi per spostarsi e votare a Roma, ha chiesto di essere in possesso obbligatoriamente del *super green-pass*, la certificazione rafforzata che si ottiene con il richiamo del vaccino o con la seconda dose entro i sei mesi o, se guariti, dal Covid-19<sup>30</sup>.

Nel tentativo di individuare talune *contromisure* da mettere in atto qualora la situazione si fosse ulteriormente aggravata, da più parti è stata riproposta l’idea di favorire – sulla base di un’apposita certificazione medica attestante l’effettiva impossibilità del singolo elettore di votare in presenza – il voto elettronico a distanza da svolgere in condizioni di estrema sicurezza da attacchi informatici e tale da garantire la certezza del voto.

Tale opzione, rilanciata, come si è riferito, in quanto per l’elezione del Capo dello Stato non sono previste dichiarazioni di voto, agendo il Parlamento in seduta comune solo come *seggio elettorale*, è stata però scartata, esplorando la proponibilità di soluzioni alternative<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Ulteriori preoccupazioni hanno riguardato i rischi di un *deficit* democratico dovuto a *cause di forza maggiore*, con tutte le ricadute sul piano della legittimazione dell’eletto e la variabile maggioranza che, in caso di molte assenze, avrebbe espresso il nuovo Presidente, non necessariamente corrispondente in tutto e per tutto con quella della maggioranza della legislatura in corso. Discorre di questi aspetti, A. Randazzo, *L’elezione del Presidente della Repubblica in tempo di pandemia: problemi e prospettive*, in *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2022.

<sup>29</sup> Tale procedura – aggravata dagli scaglionamenti dei votanti e dalle esigenze di sanificazione continua, per le quali nei primi giorni si è disposta una sola votazione al giorno – ha posto anche il problema che le votazioni potessero protrarsi oltre il 3 febbraio 2020, giorno della scadenza del settennato alimentando riflessioni sulla *prorogatio* dei poteri del Presidente.

<sup>30</sup> D.l. n. 229/2021, *Misure urgenti per il contenimento della diffusione dell’epidemia da Covid-19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria*.

<sup>31</sup> Su questi argomenti e più ampiamente sul d.l. n. 2/2022 si consigliano i recenti contributi di R. Dickmann, *Il decreto-legge n. 2 del 2022 per consentire il voto dei grandi elettori del Presidente della Repubblica in isolamento*



In particolare, a favore degli elettori impediti a votare in quanto impossibilitati a recarsi a Montecitorio perché contagiati o comunque in quarantena, il Consiglio dei Ministri – sollecitato da due ordini del giorno approvati dalla Camera dei deputati nella seduta del 18 gennaio 2022 – con il decreto-legge n. 2/2022, all’art. 1 ha adottato alcune previsioni urgenti in materia di sorveglianza sanitaria in deroga alla normativa vigente<sup>32</sup>.

Al fine di garantire l’esercizio del diritto di voto per l’elezione del Presidente della Repubblica, i membri del Parlamento in seduta comune e i delegati regionali, sottoposti alla misura dell’isolamento o alla quarantena precauzionale, sono stati autorizzati, previa comunicazione all’azienda sanitaria territorialmente competente, a spostarsi, con mezzo proprio o sanitario, sul territorio nazionale, esclusivamente per raggiungere la sede del Parlamento ove si sarebbe svolta la predetta votazione e fare rientro nella propria residenza o dimora indicata come sede di isolamento o quarantena<sup>33</sup>.

A sua volta il Collegio dei Questori della Camera dei deputati, in applicazione del d.l. n. 2/2022, ha disposto ulteriori misure in materia di accesso alle sedi della Camera, ammettendo la possibilità di partecipare all’elezione del Presidente della Repubblica in un’apposita postazione – e non seggio, essendo considerato tale, in quanto unitario, l’intero Parlamento riunito in seduta comune – ubicata presso l’area esterna di pertinenza della Camera e, dunque, rientrante nella

---

o in quarantena per Covid19. Nuove questioni in tema di voto a distanza, in *Federalismi.it*, n. 5/2022; G. Marazzita, *Il decreto legge (dei paradossi) sull’esercizio del diritto di voto per l’elezione del Presidente della Repubblica*, in *Federalismi.it*, Paper, 9 febbraio 2022.

<sup>32</sup> In virtù degli ordini del giorno n. 84 e n. 92, riferiti all’atto Camera n. 3442, approvati dalla Camera dei deputati nella seduta del 18 gennaio 2022, si è impegnato il Governo a garantire ogni forma di collaborazione per permettere a tutti i 1.009 delegati di partecipare al voto per l’elezione del Presidente della Repubblica, in raccordo con il Presidente della Camera dei deputati e il Presidente del Senato della Repubblica, rimuovendo ogni forma di impedimento, se del caso attraverso un intervento di carattere normativo. Con il d. l. 2/2022, il Governo, nel considerare l’avvio delle votazioni del Presidente della Repubblica a partire dal 24 gennaio 2022, nell’Aula della Camera dei deputati; la straordinaria necessità e urgenza di assicurare il pieno esercizio del diritto di voto ai componenti del Parlamento in seduta comune e ai delegati regionali chiamati a procedere all’elezione del Presidente della Repubblica, i quali si trovino in condizioni di isolamento o quarantena precauzionale, in quanto risultati positivi al Covid-19; l’urgenza, in considerazione dell’imminente scadenza dell’elezione del Presidente della Repubblica, per garantire lo svolgimento, in sicurezza e in presenza, delle operazioni di voto e di scrutinio dell’elezione presidenziale, con l’art. 1, co. 1 ha disposto una apposita deroga a quanto previsto dall’art. 1, co. 6 e co. 7, d.l. n. 33/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 74/2020.

<sup>33</sup> Gli spostamenti sono stati consentiti per il tempo strettamente necessario alle operazioni di voto e, comunque, con modalità tali da prevenire il pericolo di contagio. A tali fini, i predetti soggetti sono stati altresì autorizzati a soggiornare presso le strutture previste dall’art. 1, co. 2 e 3, d.l. n. 34/2020 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020, o altro luogo idoneo dove proseguire il periodo di isolamento o di quarantena. Inoltre, si è stabilito, ai sensi del 2 co., il divieto per i membri del Parlamento in seduta comune e i delegati regionali cui al co. 1, durante la trasferta necessaria a completare le operazioni di voto, di utilizzare i mezzi pubblici, sostare in luoghi pubblici, entrare in contatto con soggetti diversi da coloro che sono preposti alle operazioni di voto, pernottare e consumare i pasti nei luoghi diversi da quelli indicati come sede di isolamento o quarantena e l’obbligo di utilizzare costantemente, all’aperto e al chiuso, i dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2.



sede della Camera stessa, sita in via della Missione – accessibile con un mezzo proprio o sanitario – al fine di condurre le operazioni di voto in condizioni di rispetto delle vigenti misure di carattere sanitario<sup>34</sup>.

Le limitazioni negli spostamenti previste dal d.l. n. 229/2021, nella parte in cui esso subordina l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico e il loro utilizzo al possesso delle certificazioni verdi Covid-19 (*super green-pass*), sono state sottoposte, invece, da parte di alcuni *Grandi elettori* presidenziali provenienti dalle isole e sprovvisti delle certificazioni in questione, al vaglio della Corte costituzionale<sup>35</sup>.

In ragione del pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile derivante dalla ristrettezza dei tempi e dall'importanza della questione volta a tutelare le prerogative costituzionali spettanti, i ricorrenti hanno infatti lamentato, promuovendo un ricorso per conflitto di attribuzioni, l'impossibilità derivata dal d.l. n. 229/2021 di spostarsi dalle sedi isolate di abituale residenza<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Per poter esercitare il voto, gli interessati hanno dovuto inviare apposita richiesta alla Presidenza della Camera dei deputati unitamente al certificato medico attestante la ricorrenza, quale requisito legittimante, di una condizione di quarantena o isolamento rispetto all'infezione da SARS-CoV-2. Ai fini dell'acquisizione del requisito legittimante, gli interessati si sono potuti avvalere anche dell'ausilio del responsabile sanitario della Camera dei deputati. L'espressione del voto è avvenuta nel rispetto delle prescrizioni sanitarie e di prevenzione del rischio di infezione da SARS-CoV-2 ed è stata garantita dall'attribuzione, a ciascuno degli aventi diritto, di una fascia oraria nella quale effettuare le operazioni di voto, comunicata agli stessi entro il giorno che ha preceduto lo scrutinio tramite apposito messaggio di posta elettronica. Per coloro ai quali al momento dell'accesso alla Camera fosse stata rilevata una temperatura corporea superiore a 37,5°, si è previsto l'obbligo di recarsi presso l'apposita postazione ubicata nei pressi dell'ingresso di piazza del Parlamento 25, al fine di eseguire un tampone antigenico e consentire una valutazione medica in ordine alla sussistenza di sintomi o segni di interessamento dell'apparato respiratorio. All'esito negativo del tampone, si sarebbe potuto accedere a Palazzo Montecitorio per partecipare al voto; qualora il tampone fosse stato positivo, si sarebbe stati ammessi al voto nella postazione allestita presso l'area di via della Missione.

<sup>35</sup> Trattasi della previsione – quella oggetto del conflitto – in vigore dal 10 gennaio 2022 e fino alla cessazione dello stato d'emergenza epidemiologica da Covid-19 che subordina l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico e il loro utilizzo al possesso delle certificazioni verdi COVID-19 di cui all'art. 9, co. 2, lett. a), b) e c-bis), e di cui all'art. 9-bis, co. 3, primo periodo, d.l. n. 52/2021 (*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 87/2021.

<sup>36</sup> In particolare, quanto al requisito soggettivo per l'ammissibilità del conflitto, i ricorrenti nel sostenere l'invasione della funzione legislativa della quale il Parlamento è titolare, hanno affermato che «[...] la giurisprudenza costituzionale ammette la possibilità di un sindacato sui vizi che determinano violazioni manifeste delle prerogative del singolo parlamentare, se rilevabili nella loro evidenza già in sede di sommaria deliberazione, e quindi ritiene ammissibile un conflitto nel quale il parlamentare allegghi e comprovi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione ad esso costituzionalmente attribuita»; inoltre, per quanto riguarda il requisito oggettivo, hanno rilevato che «[...] la disposizione oggetto di conflitto determinerebbe un grave squilibrio fra i diversi poteri dello Stato, poiché con essa il Governo avrebbe precluso ai ricorrenti ogni partecipazione all'attività legislativa, sicché il conflitto sarebbe necessario in quanto «diretto a ripristinare le competenze costituzionalmente garantite» e perciò a tutelare il «principio di separazione dei poteri». Gli stessi hanno, contestualmente, sollecitato la Corte a sollevare innanzi a sé medesima la questione di legittimità costituzionale – puntualmente respinta a causa del palese difetto di rilevanza – dell'intero decreto-legge menzionato, adducendo il contrasto della disciplina oggetto di conflitto con l'art. 16 Cost., poiché limiterebbe la libertà di circolazione nel territorio dello Stato per «ragioni politiche», in quanto riconducibili alla libera scelta di non sottoporsi al vaccino contro il Covid-19; con l'art. 3 Cost., poiché le restrizioni imposte, fondandosi sullo

Nel constatare l'impedimento a raggiungere il Parlamento mediante i mezzi di trasporto pubblico aereo o marittimo dai rispettivi luoghi di residenza e, quindi, la lesione dell'esercizio della funzione parlamentare – in specie nei profili concernenti la partecipazione all'attività legislativa (a partire da quella volta a convertire in legge lo stesso decreto *de quo*) e all'elezione del Presidente della Repubblica – si è lamentata l'invasione, da parte del Governo, della funzione legislativa e l'imposizione di un onere di vaccinazione surrettizio, con modalità lesive dei parametri di cui all'art. 32 Cost.<sup>37</sup>.

Muovendo, tuttavia, da un errato presupposto – la mancata distinzione tra vaccinati e non vaccinati – i ricorrenti avevano contestato la disciplina impugnata in quanto lesiva delle prerogative parlamentari senza porre attenzione sul vero elemento dal quale, ad avviso di chi scrive, deriva la differenza: ossia la scelta – la loro – di non vaccinarsi.

Nel conflitto di attribuzioni sollevato dinanzi alla Corte, infatti, non è la condizione di insularità della residenza il fondamento della diversità di trattamento lamentata, quanto il comportamento dei singoli ricorrenti, tutti privi di *green pass*, ai quali, alla stessa stregua dei colleghi di *terraferma* renitenti al vaccino (cfr. il caso della deputata Cunial), il d.l. n. 229/2021 non ha consentito l'accesso all'Aula per votare.

Diversa prospettazione avrebbe forse assunto il conflitto se fosse stato proposto da un parlamentare o delegato regionale isolano vaccinato, ma in isolamento o in quarantena precauzionale, a seguito però dell'adozione del d.l. n. 2/2022 successivo solo di un giorno all'ord. n. 15/2022 della Corte costituzionale.

In tal caso, infatti, ai sensi del d.l. n. 229/2021, se privo della disponibilità di un piccolo traghetto o di un *jet* privato e, quindi, impossibilitato a raggiungere Roma, il parlamentare o delegato regionale isolano sarebbe stato effettivamente penalizzato, in base ad un'irragionevole

---

*status* personale di soggetto vaccinato o guarito, determinerebbero una disparità di trattamento, con riflessi di ordine economico e sociale, nella fruizione di un servizio pubblico essenziale; con gli artt. 32, 117, co. 1, Cost., in relazione ai regolamenti (UE) 2021/953 e 2021/954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021, esplicitamente richiamati dall'art. 9, co. 9, d.l. n. 52/2021, in quanto comporterebbe l'introduzione surrettizia di un obbligo vaccinale senza alcuna certezza della sua utilità per la salute pubblica ed in presenza, a detta dei ricorrenti, di un quadro di gravi e diffuse reazioni avverse, in contrasto con il principio, affermato dalla giurisprudenza costituzionale, in base al quale il prodotto vaccinale non deve incidere negativamente sullo stato di salute dei destinatari dell'obbligo, salvo che per le normali e tollerabili conseguenze. Cfr. ord. n. 15/2022 Corte cost.

<sup>37</sup> Oltre a tali rilievi, i ricorrenti hanno evidenziato che la giurisprudenza costituzionale ammette la possibilità di un sindacato sui vizi che determinano violazioni manifeste delle prerogative del singolo parlamentare, se rilevabili nella loro evidenza già in sede di sommaria deliberazione e, quindi, hanno richiesto, nella remissione alla Corte della questione, l'ammissibilità del conflitto nel quale il parlamentare alleggi e compri una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione ad esso costituzionalmente attribuita. Cfr. ord. n. 15/2022 Corte cost.

disparità di trattamento, ossia impedito a esercitare il proprio voto nella postazione *drive-in* riservata, in deroga al decreto *de quo*, ai *Grandi elettori* in isolamento o in quarantena precauzionale.

È sulla scelta di non vaccinarsi e, quindi, su un comportamento – quello tenuto dai ricorrenti – che poggia, insomma, ad avviso di chi scrive, il senso dell’ordinanza di inammissibilità *de qua*. La contestazione mossa dai ricorrenti nei confronti del d.l. n. 229/2021, nel guardare alla disposizione *tout court* ed eccepire lo squilibrio fra i diversi poteri dello Stato arrecato dalle previsioni di cui si discorre, non considera quanto poi la Corte ha chiarito, affermando che l’ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali che, nel caso di specie, non viene evidenziata.

Anche in questo caso, la giurisprudenza della Corte lascia intendere che l’ammissibilità di un ricorso del singolo parlamentare o – più limitatamente – di un gruppo di deputati o senatori, non è da escludere, ma può essere ammessa solo nell’ambito di confini piuttosto ristretti<sup>38</sup>.

La disposizione oggetto di conflitto, in particolare, nel regolare – come ricorda la Corte – le condizioni di accesso al trasporto pubblico da parte della collettività non riguarda le specifiche attribuzioni dei parlamentari.

In questo senso, la Corte, ritenendo le attribuzioni parlamentari incise solo in via fattuale e di riflesso, afferma che il loro esercizio, nel rispetto della legislazione vigente ed in considerazione del rilievo degli impegni politico-parlamentari, debba essere garantito dai competenti organi delle Camere a cui, implicitamente, demanda la soluzione di un problema di cui, tuttavia, il d.l. n. 2/2022 non ha tenuto conto.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Quanto si è fin qui approfondito ha posto in evidenza che, sul tema della programmazione dell’attività parlamentare in tempi di pandemia, si è passati dai timidi interventi, con i quali sono state consentite nelle Commissioni permanenti limitate ipotesi di partecipazione tramite

---

<sup>38</sup> In argomento, la Corte costituzionale ha richiamato le ordd. nn. 255 e 256/2021, 193, 188, 186, 67 e 66/2021, 197, 176, 129, 86 e 60/2020, 275, 274 e 17/2019; mentre, sulla sospensione cautelare, alle ordd. nn. 193/2021, 197, 196 e 195/2020.

collegamenti in videoconferenza, alla conferma, in occasione delle recenti elezioni presidenziali, della modalità in presenza *fisica* di oltre mille elettori.

Una comparazione tra le misure adottate in piena pandemia e quelle più recenti legate all'elezione del Capo dello Stato evidenzia che, nel primo caso, ci si è avvalsi di una prassi per certi versi nuova che ha favorito l'applicazione dell'art. 46 R.C., per ricondurre tra i parlamentari in missione anche gli impossibilitati a raggiungere la sede di Camera e Senato per ragioni derivanti dalla diffusione del contagio; l'utilizzo, per le stesse ragioni, delle sostituzioni in Commissione; e l'adozione di misure di sicurezza per rispettare le distanze interpersonali tra i parlamentari, concordando una riduzione proporzionale delle presenze dei parlamentari in Assemblea e valorizzando, anche attraverso il ricorso – timido – al voto a distanza, il lavoro del Parlamento nelle Commissioni<sup>39</sup>.

Il confronto che, in questa fase, si è politicamente verticalizzato e si è trasferito anche al di fuori delle aule parlamentari, limitando i singoli parlamentari nel diritto di partecipare alla formazione della decisione politica, ha trovato il suo riscatto in occasione, invece, delle recenti elezioni presidenziali.

La conferma, infatti, del Presidente Mattarella – diversamente dalla rielezione di Giorgio Napolitano avvenuta per investitura dall'alto da parte dei segretari dei partiti – è il risultato di una scelta dal basso: mentre i partiti cercavano, fallendo, terreni di incontro, i parlamentari decidevano, in Parlamento, di confermare il Presidente Mattarella<sup>40</sup>.

Per il voto a distanza, invece, questo è stato escluso anche nell'ambito dell'esercizio delle funzioni elettive laddove, come si è riferito, per consentire la partecipazione agli scrutini e soddisfare il raggiungimento dei *quorum* fissati dall'art. 83 Cost., gli aventi diritto sono stati ragionevolmente scaglionati a votare in Aula e nel seggio c. d. *drive-in* appositamente organizzato all'esterno del Palazzo e riservato ai positivi al Covid-19 o in quarantena precauzionale dal d.l. n. 2/2022 e successivi atti.

Gli esclusi sono stati i non vaccinati, nonché gli isolani vaccinati ma positivi, o in quarantena precauzionale, o privi di *green pass* ai quali neanche la Corte costituzionale ha riconosciuto il

<sup>39</sup> S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit.

<sup>40</sup> U. de Giovannangeli, Intervista a L. Violante, *I partiti monadi confuse, nella battaglia del Colle hanno perso loro*, in *Il Riformista*, 2 febbraio 2022. Sull'argomento si rimanda anche al forum avviato dalla Rivista telematica *Federalismi.it* ed, in particolare, tra i vari contributi, a S. Prisco, *Appunti su una rielezione*, in *Federalismi.it, Paper*, 31 gennaio 2022, nonché ivi I. Pellizzone, *Il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale, tra vuoto dei leader e crisi di governo. Riflessioni a margine della seconda elezione del Presidente Mattarella*, 31 gennaio 2022.

diritto di prendere parte alle votazioni nell'ambito del conflitto di attribuzione proposto appositamente.

Si evidenzia che le disposizioni del d.l. n. 2/2022 abbiano determinato anche esse la rottura del principio di uguaglianza fra gli elettori presidenziali, perché lesive delle prerogative dei parlamentari ciascuno dei quali rappresenta, appunto, la Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.)<sup>41</sup>.

Si è ritenuto che la esclusione di una parte di elettori presidenziali, contemporaneamente alla opposta decisione di garantire il voto di (quasi) tutti tramite una deroga alle regole valevoli per la collettività, abbia gettato un'ombra su un procedimento, volto ad eleggere il *rappresentante dell'unità nazionale*, tanto più grave in considerazione dell'impossibilità – visto che le attività delle Camere sono sospese nel corso delle sedute comuni – di convertire il decreto prima della conclusione delle operazioni, impedendosi così una sua modifica<sup>42</sup>.

Si è suggerito il voto a distanza come rimedio in questo caso per sopperire alle limitazioni nella circolazione imposte dalle misure di contrasto alla diffusione del *virus*, trascurando, però, come è stato evidenziato, che anche in relazione all'esercizio della funzione elettiva «la posizione costituzionale dei singoli parlamentari non è paritetica rispetto a quella degli organi di cui sono membri ma è di norma ad essi subordinata secondo lo schema della relazione organica». Per tali motivi «solo eccezionalmente i singoli parlamentari sono assegnatari di specifiche attribuzioni costituzionali, ma entro limiti tassativi, evidenziati dalla Corte costituzionale, che comunque finora non ne ha riconosciuto la lesione a seguito di atti delle Camere»<sup>43</sup>, come confermato anche dall'ord. n. 15/2022 esaminata in questa sede.

E, tuttavia, piuttosto che subordinare a modifiche della Costituzione anche eventuali richieste di singoli parlamentari di votare a distanza<sup>44</sup>, appare condivisibile a chi scrive, la proposta

<sup>41</sup> A. Lauro, *Nessun parlamentare è un'isola: green pass ed elezione del Presidente della Repubblica*, in *Lacostituzione.info*, 22 gennaio 2022.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> R. Dickmann, *Il decreto-legge*, cit., p. 53, che richiama oltre l'ord. n. 17/ 2019 della Corte cost., anche le ordd. nn. 274 e 275/2019, 60/2020, 86/2020, 129/2020, 197/2020, 66 e 67/2021, 186/2021, 188/2021, 193/2021, 255 e 256/2021, 15/2022.

<sup>44</sup> In quanto ritenute illegittime perché in contraddizione con il ruolo proprio dell'organo parlamentare, riassuntivo della legittimazione rappresentativa e giuridica a deliberare delle Camere e del Parlamento in seduta comune secondo il principio maggioritario solo se tali organi sono validamente costituiti in seduta. In particolare, R. Dickmann osserva che si tratta di una legittimazione non surrogabile da quella del singolo suo componente, che non può eccepire di essere portatore di analoga rappresentatività e legittimazione. Questo non solo perché le funzioni giuridiche dell'organo sono distinte da quelle dei singoli parlamentari che lo compongono ma soprattutto perché il voto con il quale l'organo le esprime è atto esclusivo dell'organo stesso, non atto simultaneo dei suoi componenti che votino favorevolmente. Così, R. Dickmann, *Il decreto-legge*, cit., p. 53, il quale sostiene che il

di una più ampia re-ingegnerizzazione dei procedimenti parlamentari che sia in grado di salvaguardare non tanto quelli ereditati dagli Stati liberali ed aggiornati dalle più recenti esperienze maturate nelle democrazie di masse, ma i valori – quelli della democrazia rappresentativa – di cui sono portatori e che oggi vengono chiamati a misurarsi con gli effetti della rivoluzione digitale attraverso una rilettura degli stessi e, alla luce del nuovo contesto, un inveroamento in forme innovative<sup>45</sup>.

In merito, la riforma costituzionale che ha ridotto il numero dei parlamentari ha contribuito a rendere ineludibile almeno una manutenzione dei regolamenti parlamentari attesa sin dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, dalle riforme costituzionali del 1999/2001 e del 2012.

Al di là dei dichiarati obiettivi che la riforma costituzionale 1/2020 (*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*) mira a perseguire (dal taglio delle spesa pubblica, alla maggiore speditezza e funzionalità delle procedure parlamentari e alla accresciuta produttività delle Camere), gli adattamenti di carattere organizzativo derivanti dalla riduzione dei parlamentari sono destinati a produrre effetti sul funzionamento delle Assemblee e sul ruolo delle Commissioni.

In merito, ad un anno dalla scadenza delle Camere non si conosce il sistema elettorale con cui si andrà al voto, né le nuove regole che assisteranno il funzionamento del Parlamento, posto che nella l. cost. 1/2020 non sono state inserite clausole di salvaguardia nel caso di omesso adeguamento del sistema elettorale, né un termine per le modifiche regolamentari.

In realtà interventi normativi incisivi e mirati riguardanti l'adeguamento dei regolamenti parlamentari alla riduzione del numero dei parlamentari rappresentano non solo un'esigenza ineludibile, essendo ormai alle porte il rinnovo delle Camere, ma anche l'occasione, finalmente, per intervenire sul più diffuso fenomeno, accennato in apertura, di *fuga* dalle assemblee consolidatosi nel tempo ed accentuato negli ultimi anni e per individuare, con riferimento alla più limitata tematica affrontata in questa sede, anche soluzioni per equilibrare, nel lavoro parlamentare, le indispensabili presenze fisiche – connaturate al concetto di assemblea – con possibilità di ascolto e dibattito a distanza, presupposto per coniugare la praticabilità della

---

voto da remoto non è inammissibile, ma praticabile sono con una modifica del dettato costituzionale e dei regolamenti parlamentari.

<sup>45</sup> N. Lupo, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, n. 17/2021, p. 291 ed, in particolare, p. 306.

presenza *virtuale* con la piena garanzia delle prerogative parlamentari disciplinate dalla Costituzione<sup>46</sup>.

Al Parlamento, quindi, anche nel rispetto del principio di eguaglianza, va il compito di sciogliere questi nodi partendo dalla consapevolezza che la tendenza verso la digitalizzazione, certamente accelerata durante il periodo dell'emergenza, è destinata ad andare avanti anche e a prescindere dalla fine della pandemia.

**Abstract:** Lo studio approfondisce il tema della programmazione dell'attività parlamentare in tempi di pandemia. In particolare, si considerano i primi timidi interventi e le problematiche ad essi connessi, con i quali sono state consentite nelle Commissioni permanenti limitate ipotesi di partecipazione tramite collegamenti in videoconferenza e, successivamente, in occasione delle elezioni del Presidente della Repubblica nel gennaio 2022, la decisione di disporre la modalità in presenza *fisica* di oltre mille elettori. In chiusura si sottolinea l'importanza, anche in ragione della l. cost. 1/2020 sulla riduzione del numero dei parlamentari, di *manutenzioni* dei procedimenti per coniugare la praticabilità della presenza *virtuale* con la piena garanzia delle prerogative parlamentari disciplinate dalla Costituzione.

**Abstract:** The paper analyses the issue of scheduling parliamentary activities in times of pandemic. Especially, it considers the first timid interventions and the related problems, which allowed limited participation in the Standing Committees through videoconference connections and then, on the occasion of the elections of the President of the Republic in January 2022, the decision to provide for the *physical* presence of more than a thousand voters. In conclusion, it underlines the importance, also because of the law 1/2020 on the reduction of the number of parliamentarians, of *maintenance* of the procedures to combine the practicability of the *virtual* presence with the full guarantee of parliamentary prerogatives governed by the Constitution.

**Parole chiave:** Parlamento – pandemia – *smart voting* – forma di governo.

**Key words:** Parliament – pandemic – smart voting – form of government.

---

<sup>46</sup> A. Manzella, *Nuovo Parlamento*, cit.



# INAPPLICABILITY OF HUMAN RIGHTS: CAUSES AND FOUNDATIONS\*.

di José Ramón Narváez Hernández e Carlos Manuel Rosales \*\*

**Sommario.** 1. Introduction. – 2. Foundations of human rights. – 3. Human rights. Spatial validity and International reception. – 4. National sovereignty contained in reservations to international treaties. – 5. Territoriality and extraterritoriality. – 6. Democracy and constitutional conformity. – 7. Inapplicability of the rule by the public authority. – 7.1. Administrative. – 7.2. Legislative. – 7.3. Judicial. – 8. Parameter of constitutional regularity. – 9. Ex officio conventional control. – 10. Interpretation in accordance with. – 11. Constitutional supremacy. – 12. Inapplicability of human rights. – 13. Anti-progressivity. – 14. Normative pragmatism. – 15. Constitutional sovereignty. – 16. Independence and autonomy of judges. – 17. Economic cost. – 18. The material impossibility of the State. – 19. Epilogue.

## 1. Introduction.

Human Rights have become the element that serves to measure the quality of life of people, the normative number of many legislations, the moral essence of public institutions, and the spiritual and inspirational compass of Latin American and European jurisdictional systems. So its space, use, and relevance are the sources for the actions of the authorities, and the justification of the existence and validity of the contemporary State.

However, the materialization of human rights as an instrument to demand the State's full compliance and monitoring could be questioned. And it is that the indeterminacy, relativity, ambiguity and universality of the idea of human rights, has caused positive effects for society and at the same time, has been used as a shield to flag a particular cause or a personal desire, in which the arguments (selfishly subjective) are the key to a win.

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* José Ramón Narváez Hernández, Doctorando en Derecho – Universidad de Chile. Carlos Manuel Rosales, Dottore di ricerca in Teoria e storia del diritto – Università di Firenze.

In this time of pandemic, for example, the right to move freely through the country is suspended, ignoring the international treaties that guarantee the human right to free national transit. The seizure of a bank account by an administrative authority, without observing the human right to the presumption of innocence. When in a family violence case, a protection measure is requested for the victim, and the administrative authority orders that the person likely to be responsible leave his home, without considering his human rights in terms of hearing, presumption of innocence and property.

As far as human rights can be observed, their management and follow-up is determined by various variables, including the knowledge of legal operators and the political importance of the issue for the officials of the Government. Although it is true, it is a duty of States in the performance of these, there is the possibility that they are not observed (by omission), are inapplicable by the authority as a discretionary power, or that their non-compliance is materially impossible.

This paper will explain the act of not recognizing or granting (totally or partially) any human right, either by a reservation that was specified by the State when recognizing an international instrument (Convention, Treaty, Protocol, Declaration, among others); for the lack of conformity with the Constitution of the country, in which constitutional supremacy is the pillar of the positive system or for the material impossibility to fulfill the request, because its realization produces an expenditure not included in the public budget (for example, the construction of a hospital specializing in oncology in a rural area, to guarantee the human right to health) and even because of the impossibility of developing public policies to grant this right by the programs established by public authorities.

The text provides a guideline for creating an interesting dialogue between the authors' lines and the reader's ideas. This scenario, dialectically, facilitates the generation and construction of applicable legal knowledge in any field of the professional practice of the legal profession.

## 2. Foundations of human rights.

Human Rights have become the measure of people's quality of life, the number of normative laws, the moral essence of public institutions and the spiritual and inspirational compass of Latin American and European jurisdictional systems. Thus its space, use and relevance are the

sources for the actions of the authorities, and the justification for the existence and validity of the contemporary State<sup>1</sup>.

However, the administration of human rights could be questioned as a means of requiring the State to comply with them and to monitor them fully. And that is that the indeterminacy, relativity, ambiguity, and universality of the idea of human rights, has caused positive effects for society and at the same time, has been used as a shield to champion a particular cause or a personal desire, in which the arguments (selfishly subjective) are the key to obtaining a triumph. Let us think of some examples. In times of pandemic, the right to move freely through the country is suspended, ignoring international treaties that guarantee the human right to free national transit. The seizure of a bank account by an administrative authority, without observing the human right to the presumption of innocence. When in a case of family violence, a protection measure is requested for the victim, and the administrative authority orders that the person likely to be responsible leave his or her home, without considering his or her human rights in terms of hearing, the presumption of innocence, and property.

As far as human rights can be observed, their management and follow-up are determined by various variables, including the knowledge of legal operators and the political importance of the issue for the commands of public power. While it is true that it is a duty of States in the performance of these obligations, there is a possibility that they are not observed (by omission), that they are inapplicable by the authority as a discretionary power, or that their non-compliance is materially impossible.

This space will set out the act of not recognizing or granting (in whole or in part) any human right, either by a reservation specified by the State when recognizing an international instrument (Convention, Treaty, Protocol, Declaration, among others); for the lack of conformity with the Constitution of the country, in which constitutional supremacy is the pillar of the positive system or for the material impossibility to fulfill the request, because its realization produces an expenditure not included in the public budget (for example, the construction of a hospital specializing in oncology in a rural area, to guarantee the human right to health) and even because of the impossibility of developing public policies to grant this right by the programs established by public authorities<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. C.M. Rosales, *La excepción ratifica la regla. Consideraciones sobre la coercibilidad y la generalidad de la norma*, in *Revista Foro*, vol. 20, no. 2/2018.

<sup>2</sup> C.M. Rosales, *Genealogía de la desigualdad*, in *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 16, No. 3/2019.

### 3. Human rights. Spatial validity and International reception

One of the ways in which a human right could be inapplicable at the state level is of origin. This implies that, since accession to an international treaty is recognized and confirmed, the country declares an article of the international instrument to be national invalid (in general or in part). For example, in Mexico, The suspension of political rights of ministers of worship is provided for in the Constitution so that when the American Convention on Human Rights was ratified, a reservation was expressed in this area not to recognize the political human rights of the holders of a religious creed, and thus cannot be candidates for elected office or be politically associated<sup>3</sup>. The territorial validity of the laws is limited to the place where the power of the State that issued them exercises its sovereignty and governs them for all subjects placed within the hypothesis of the norm, whatever the nationality of the subject<sup>4</sup>.

Rules that violate the principles of public order of another State may never be applied outside the territory subject to the sovereignty of the State that issued them<sup>5</sup>, and the laws of judicial procedure which, by their special nature, affect the moral responsibility of the State, are under public law and may only bind nationals of the same State, without affecting persons domiciled in other jurisdictions, who reside outside the territory in which the system prevails.

For example, the Federal Constitution in Mexico provides for a prohibition of extraterritoriality of the norms issued by one entity against another, which means that the legislation of a State is binding only on its territory, as each State legislates for its own territorial area and not for a different one.<sup>6</sup> Hence, this constitutional provision does not establish a rule of judicial jurisdiction but recognizes the general rules of cooperation.

These competition rules do not always determine the substantive laws that will be applicable to the case, because although they do determine jurisdiction by territory, it will depend on the specific *litis* the material competence that is updated in each case. That is, if there is no

---

<sup>3</sup> C.M. Rosales, *Los ministros de culto en el sistema electoral mexicano. Requiem o resucitación de sus derechos políticos*, in *Revista Pensamiento Jurídico*, no. 46/2017.

<sup>4</sup> Isolated thesis issued by the First Chamber of the previous composition of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 235592, heading: "territoriality, the principle of, in the application of criminal procedure law".

<sup>5</sup> Cfr. D. Quaglioni, *La sovranità*, Bari-Roma, Laterza, 2015.

<sup>6</sup> Article 121.

extraordinary question justifying a conflict between the jurisdiction of the judge and the substantive law, there is no reason for such a division, since it is absurd to oblige the competent judge to apply legislation that is unknown to the same State, and that a person's request for rights generates more than recognition; rather, that compliance is committed to the conditions, in order to protect their rights<sup>7</sup>.

Now if you look at this issue from an international perspective, you have several scenarios. In the first, fundamental rights must be regarded as inalienable to the individual<sup>8</sup>. These are born in an intrinsic way by the relationship between the State and the person. Its scope of protection is not subject to being in the country, there is no rule that indicates it. On the other hand, it can be considered as a limit to the fundamental rights that their fulfillment and protection are feasible as soon as the conditions of the local infrastructure of the State to be able to make them realizable<sup>9</sup>, and that a person's request for rights generates more than recognition; rather, that compliance is committed to the conditions, in order to be able to protect their rights<sup>10</sup>. However, the scope of fundamental rights has not been determined at the international level and it is, therefore, possible to consider and envisage the possibility of demanding the extraterritorial protection of constitutional norms<sup>11</sup>.

In addition, it must be considered that, according to the Vienna Convention, countries cannot modify their domestic rules for the application, invalidation or denial of a right signed in an international treaty; therefore, any derogation through legislation, would be contrary to what has been internationally ratified by the State<sup>12</sup>.

#### 4. National sovereignty contained in reservations to international treaties.

The general principle governing the application of procedural law is based on and limited in the space in which the law is applicable<sup>13</sup>. In order to limit or exclude the rule of this rule, there

---

<sup>7</sup> Isolated thesis CXXVII/2016, issued by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 2011480, under the heading "extension of jurisdiction. As a rule, the competent judge, when resolving a judicial dispute, must apply the law of his jurisdiction".

<sup>8</sup> Cfr. L. Ferrajoli, V. Ermanno, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari-Roma, Laterza, 2015.

<sup>9</sup> See N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Vol. 31, Bari, Edizioni Dedalo, 2002.

<sup>10</sup> See R.H. Fallon, *The dynamic Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004.

<sup>11</sup> Cfr. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari-Roma, Laterza, 2015.

<sup>12</sup> Vienna Convention.

<sup>13</sup> E. Salmón Gárate, *Las Reservas a los Tratados y su Evolución en el Derecho Internacional*, in *Revista Themis*, No. 21/1992, p. 55.

must be an express provision containing specific cases of exception, authorizing the application of international law. Thus, if there are no legal provisions issued by the legislature on treaties or conventions that were adopted under the Constitution, it is provided that the courts do not abide by foreign laws, that contravene the national political code<sup>14</sup>.

### 5. Territoriality and extraterritoriality.

As stated above, the territorial validity of the legal system is limited to the space where it exercises its sovereignty, the procedural law is essentially territorial and cannot be applied other than the national law, due to the rule of state sovereignty<sup>15</sup>.

It must consider the sovereignty of each State in order to limit the applicability of a human right, based on its self-determination as an independent State. This means that the State that will recognize an international instrument has the capacity to contemplate reservations<sup>16</sup>, thereto, so that, based on its sovereignty as a State, a subject of the same Treaty on Human Rights may be denied<sup>17</sup>.

### 6. Democracy and constitutional conformity.

The Constitution has various meanings ranging from utilitarian, organic, guarantor, political and many others<sup>18</sup>. This document comes ideally from the sovereign, and contains, from an abstract idealism, the citizen will. Citizen<sup>19</sup> (concessionary sovereignty) have delegated their

<sup>14</sup> Cfr. J. Soeharno, Jonathan, *The integrity of the judge*, Fernham, Ashgate 2009.

<sup>15</sup> C.M. Rosales, *El debido proceso en Latinoamérica*, México, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol.70, No.277-3/ 2020.

<sup>16</sup> A. Basilico, *In tema di riserve ai Trattati internazionali e alle Convenzioni sui diritti umani*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1999, Vol.66, No.3, pp.414-428.

<sup>17</sup> A. Di Blase, *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, Roma Tre-Press, 2014.

<sup>18</sup> See M.E.Rocca, *Teoría de la Constitución y el estado para principiantes*, Uruguay, Universidad de la República, 2014. Available in : <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/22>

<sup>19</sup> The model of democratic rule of law is one of the historical-political evolutions of the rule of law (rule of law). These values should not only guide the administrative organization and/or its decisions, but should be considered for the different spheres of public power. See, J.J. Orozco Henríquez, Voice: "Estado de Derecho", in *Enciclopedia Jurídica Mexicana*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. III, D-E, 2006, pp.830-832.

representation to their peers (decision-making sovereignty) to carry their voice, interests and defend their common affairs<sup>20</sup>.

As for its composition, it is a set of minimum guarantees for the population and of governing principles for the State. In this way, democracy, established in the Constitution, becomes the instrument of the people to be able to obtain security and justice, through legal norms, which safeguard the prerogatives of all inhabitants in the country<sup>21</sup>.

The rights of the population contained in the Constitution are recognized as fundamental rights, and are the minimum of prerogatives that people have to live with dignity and that limit the power and action of the State<sup>22</sup>. Constitutionality is the circumstance of complying with the provisions of the Constitution.

In other words, it is on the basis of an application or an act of authority that its validity is judged or recognized, and its validity verified, taking into account adherence to and respect for the Constitution.

Thus, the constitutionality is a significant and constructive element, because materially through it the defense of the Constitution is enunciated<sup>23</sup>. Now, the rights contained in the national political code are obligatory recognition and the guiding principle for the actions of the authorities. While for people are of device order, this means that their use is at their free consideration when required or requested. In addition, constitutional rights must be considered as the guarantee for individuals to retain and demand from the State the protection and supervision of the minimum that allows them a dignified human life<sup>24</sup>. So having control and defense of the constitution becomes vital for the validity of this, and to be able to generate certainty to the people<sup>25</sup>.

There are two main aspects of the constitutional review model, which are in line with the model of ex officio control of rights by the judiciary. Both aspects of control are exercised independently and the existence of this general control model does not require all cases to be reviewable and contested in both<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>21</sup> P. Sorokin, *Características de las normas jurídicas*, in *Revista chilena de derecho*, Vol. 9, No.2/ 1982, p. 471 et ss.

<sup>22</sup> Judgment T 049/93 of the Constitutional Court of Colombia.

<sup>23</sup> R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pp. 24 et 44.

<sup>24</sup> C.M. Rosales, *Texto y contexto de la independencia judicial*, in *Revista Judicatus*, no. 13/2019.

<sup>25</sup> B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2013.

<sup>26</sup> See, J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Coyoacán, Ciudad de México, 2011.



A system concentrated in one part and diffused in another, which allows for constitutional criteria and interpretations, either by a declaration of unconstitutionality or by non-application, of which is known to the judicial authority to determine the constitutional interpretation that should prevail in the national legal order. It should be pointed out that all other authorities within their sphere of competence are obliged to apply the relevant rules by applying the most favourable interpretation to the individual in order to achieve the widest possible protection of his rights, without having the possibility not to apply or declare its incompatibility<sup>27</sup>.

Fundamental rights, socio-historically, come from a political pact. These have ideally a democratic origin, in which those represented will expose the feeling and needs of society so that different values and goods are recognized<sup>28</sup>.

For several jurists ruled under the mantle of legal reductionism of theoretical positivism, fundamental rights are human rights positivized in a specific legal system<sup>29</sup>. In other words, they are human rights that are materialized spatially and temporarily in a given State.

Fundamental rights are linked to the dignity of the person within the State and society; these are precisely the shielding of that. It should be noted that fundamental rights are not created by political power, and that the State is under an obligation to protect, protect and guarantee them, and, where appropriate, punish non-compliance<sup>30</sup>.

The normative structure of fundamental rights is based on the capacity that allows the person to perform certain acts, that is, that fundamental rights are legal institutions that have the form of subjective right. And the structure of the subjective right has several elements: the holder of the subjective right, the content of the subjective right in which the faculties are to be distinguished, moreover, the object of the right, and a third element is the addressee or the passive subject, who is obliged to do, to give or not to do.

The traditional formulation of fundamental rights as limits directed only against the public authorities has proved insufficient to respond to violations of those rights by individuals<sup>31</sup>. In this sense, it is undeniable that the relations of inequality that arise in contemporary societies,

---

<sup>27</sup> Isolated thesis LXX/2011, supported by the Plenum of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 160480, item: «system of constitutional control in the Mexican legal order».

<sup>28</sup> G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il mulino, 2017.

<sup>29</sup> D. Valadés, *El control del poder*, UNAM, Ciudad del México, 2000, p. 65.

<sup>30</sup> See R. Barnett, *Restoring the lost constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

<sup>31</sup> Jurisprudence 15/2012, supported by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 159936, under the heading "FUNDAMENTAL RIGHTS. ITS VALIDITY IN RELATIONS BETWEEN PARTIES."

and that form positions of privilege for one of the parties, may lead to the possible violation of fundamental rights to the detriment of the weaker party<sup>32</sup>.

The Constitution does not provide any textual basis for affirming or denying the validity of fundamental rights between individuals; however, this is not an insurmountable barrier. In order to give an adequate answer to this question, we must start from a concrete examination of the rule of fundamental law and of those characteristics that allow us to determine its function, scope and development within the legal system. In the first place, therefore, it is essential to examine the functions of fundamental rights in the legal system<sup>33</sup>.

The fundamental rights provided for in the Constitution enjoy a double quality, since if on the one hand they are configured as subjective public rights (subjective function), on the other they are translated into objective elements that inform or permeate the entire legal system, including those originating between individuals (objective function)<sup>34</sup>. In a legal system, fundamental rights occupy a central and indisputable position as the minimum content of all legal relations in the system. In this logic, the dual role played by fundamental rights in the order and structure of certain rights constitute the basis for affirming their impact on relations between individuals. However, it is important to stress that the observance of fundamental rights in relations between individuals cannot be sustained in a hegemonic and all-encompassing way over each and every relationship that occurs in accordance with private law, by virtue of the fact that in these relations, unlike those that are initiated against the State, we usually find another right holder, which causes a collision of the same and the necessary weighting by the interpreter<sup>35</sup>. Thus, the fundamental task of the interpreter is to analyze, in a singular way, the legal relations in which fundamental rights are found with other assets or rights constitutionally protected; At the same time, the structure and content of each right will make it possible to determine which rights are only opposable to the State<sup>36</sup>.

No fundamental right is absolute and to that extent all admit restrictions. However, the regulation of such restrictions cannot be arbitrary. For the measures issued by the ordinary legislator (for the purpose of restricting fundamental rights to be valid) they must satisfy at least the following requirements: a) be admissible within the constitutional scope, that is, the

<sup>32</sup> A. Pintore, *Diritti insaziabili*, Milano, Franco Angeli, 2000, pp. 1000-1018.

<sup>33</sup> B. Bix, *Jurisprudence*, Durham, Carolina Academic Press, 2004, p.88.

<sup>34</sup> See E.W. Böckenforde, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

<sup>35</sup> J.R. Narváez Hernández, *Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no. 8/2005.

<sup>36</sup> See P. Comanducci, *Razonamiento jurídico*, Ciudad del México Fontamara, 1999.

ordinary legislator may restrict or suspend the exercise of individual guarantees only for purposes which may fall within the provisions of the Constitution.

The Constitution provides that all persons enjoy fundamental rights. The protection of these presupposes, in the first place, access to public institutions and, on the other hand, to jurisdiction, that is, that the governed can enjoy their rights and, secondly, the right to obtain a judgment on the merits of the question and its full implementation, which must be prompt, complete and impartial. Therefore, access to an effective, simple and prompt remedy, through which judges and courts effectively protect the exercise of the fundamental rights of any person who requests it<sup>37</sup>.

The judge must determine in each case whether the legislative restriction on a fundamental right is, firstly, admissible in the light of the constitutional provisions, secondly, whether it is the necessary means to protect those purposes or interests constitutionally protected, in the absence of less restrictive options to achieve them<sup>38</sup>; and thirdly, whether the legislative distinction is within the treatment options that can be considered proportional. Similarly, restrictions must be in accordance with the law, in the interest of achieving the legitimate objectives pursued, and be strictly necessary to promote the general welfare in a democratic society<sup>39</sup>.

Fundamental rights are legal imperatives with conditions of application defined in a very open way, which naturally leads them to interact, in specific cases, with other rules with legal content that point in non-identical directions.<sup>40</sup> So, it is often said that fundamental rights operate in legal reasoning as optimization mandates,<sup>41</sup> because their protection and recognition in constitutional texts naturally presuppose that their normative requirements will conflict with others in specific cases, where a weighting exercise will be required to articulate the outcome of their joint implementation in such cases<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. M.J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York, Oxford University Press, 2008.

<sup>38</sup> See C.M. Rosales, *La internacionalidad de los derechos fundamentales*, in *Revista Pensamiento Constitucional*, No. 23/2019.

<sup>39</sup> Isolated thesis II.8o.(I Region) 1 K, supported by the Eighth Circuit Collegiate Court of the Auxiliary Center of the First Region, with residence in Naucalpan de Juárez, State of Mexico, with electronic registration number 2002096, item: "EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION. ACCESS TO AN EFFECTIVE REMEDY, SIMPLE AND PROMPT, IS A CONSEQUENCE OF THAT FUNDAMENTAL RIGHT."

<sup>40</sup> J. De Zan, *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2004, pp.56-59.

<sup>41</sup> Jurisprudence 2/2012, supported by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 160267, item: "RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS. ELEMENTS THAT THE CONSTITUTIONAL JUDGE MUST TAKE INTO ACCOUNT TO CONSIDER THEM VALID."

<sup>42</sup> H. Tribe e Laurence H., *On Reading the Constitution*, Harvard, Harvard University Press, 1991, p.67.

Thus, in today's constitutional democracies, the legal resolution of conflicts involving fundamental rights does not always start from scratch, but the legal system contains a more or less consensual range of rules or criteria that express what may or may not be considered an appropriate balance between them in different contexts or application scenarios. Some of these rules are expressly enshrined in the Constitutions, and others become more explicit as constitutional justice resolves cases, including those in which the constitutionality of the limits to the rights included in the laws is judged.

Hence, the legislator is generically competent to issue rules that regulate and limit rights, but it cannot do it as it prefers, but under certain conditions related both to purposes and to means, whereas its normative work to ensure that limits are justified by the need to protect constitutionally protected rights and interests, and has not been adopted on an arbitrary or insufficiently based basis, sensitive to its impact on the conditions of enjoyment of the right involved<sup>43</sup>.

### **7. Inapplicability of the rule by the public authority.**

Exceptionality is a space that is contained in systems to generate a form of resolution, and that there is no contradiction with the rest of the systems that sustain a relationship with it. In our case, inapplicability is the exception for not recognizing the norm contained in an international instrument; which is considered and used for coherence and coexistence with the local normative order, if there is a contradiction between the positive national system and the agreed obligations deriving from international treaties<sup>44</sup>.

The inapplicability of human rights may be carried out by the authorities (public and private), but in this work we will concentrate on the acts of the public authorities, which have the obligation to protect and protect the guarantees, rights and prerogatives of all persons. Thus, the ways in which the authorities could derogate from international treaties containing human rights will be presented in a concise manner.

---

<sup>43</sup> Thesis XII/2011, supported by the Plenary of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 161368, title: "CONFLICTS INVOLVING FUNDAMENTAL RIGHTS. ITS LEGAL RESOLUTION."

<sup>44</sup> G. Gladio, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, pp. 605-606.

### 7.1. Administrative.

Since the administration of the State, inapplicability could happen either by omission or by an action of a public servant of the bureaucratic apparatus. In the first case, it could be carried out, if a bureaucrat carries out his work with ignorance of international instruments, executing his work according to the local operative law, considering only the normativity of his function, according to his category or scale.

In the inapplicability of human rights by an action arising from an administrative act, it must be contemplated either a responsibility or a justification, to judge the arguments for not being able to materialize the human right that has been blocked between the governed and the authority. In these kinds of cases, one could reflect on the strict responsibility of the State, or that the same public authority recognizes the impossibility of failing to realize the human right of the individual, but without any responsibility for the official or the State.

### 7.2. Legislative.

Human Rights should be considered as the principles for the creation of norms produced by the legislature. It was therefore necessary to analyse the topic of principles as the basis, source or guideline for a positive system.

The principles as concepts are elucidated grammatically as the “First instant of being, of existence, of life. Reason, foundation, origin. Cause first. Foundations or rudiments of a science or art. Maxim, norm, guide”<sup>45</sup>.

As already mentioned in the previous chapter, for Ronald Dworkin “the principles incline the decision in a direction, although not conclusively, and survive intact even when they do not prevail”<sup>46</sup>. That is why “principles are the basis that build legal systems, radiating to the whole

---

<sup>45</sup> G. Canabellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Madrid, Torres, 2003, p. 359.

<sup>46</sup> Ronald Dworkin believes that legal principles are not extralegal standards and are binding on the judge. *Los derechos en serio*, , Barcelona, Ariel, 1995, pp.19-22 et 77-78.

legal system”<sup>47</sup>. Now, it is important to notice the differences between principles and rules. It is therefore to see rules as definitive mandates and principles as optimization mandates<sup>48</sup>. Hence, the legislative construction of human rights must be done in the light of an open and moldable logic, otherwise it would represent building dogmatic and rigid mandates, closer to the definitive than to their optimizing potential.

### 7.3. Judicial.

The most concrete manifestation of justice in any social system is the correct application of laws and the possibility of protecting their respect through instances that allow the resolution of disputes, conflicts and differences that arise between the parties<sup>49</sup>.

The jurisdiction, as already mentioned, is “the set of powers that the State has to exercise, through one of its organs or through arbitrators, with the application of general and individualized legal rules to the various acts and facts arising from the formulation of specific positions in dispute”<sup>50</sup>.

In this order, the process of non-application of norms, within this constituted power, materializes through acts of authority that, specifically, are called at the top as judgments and/or resolutions. These acts of judicial authority have a wide variety of manifestations, purposes and meanings. One of these concerns human rights when the approach submitted to the judiciary is that of constitutionality and/or conventionality. The types of controls used by the judiciary to prevent the application of human rights are:

---

<sup>47</sup> This conception was taken from the fact that from the principles rules are created. Basically, the distinction that Dworkin makes between rules and principles, is that, the legal norms prescribe a conduct with its legal consequence; the principles lack such consequence, on the grounds that these are approaches that help to take a position on specific cases. They are guidelines, standards of conduct. Therefore, the principles are superior to the norm. The same author considers that legal principles are not extralegal standards and are binding on the judge.

<sup>48</sup> R. Alexy, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p.72.

<sup>49</sup> V. Andrade Martínez, *Balance y perspectivas de la justicia electoral en México*, in *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, 2002, p.601.

<sup>50</sup> C. Arellano García, *Teoría general del proceso*, Ciudad del México, Porrúa, 1992, p. 346.

## 8. Parameter of constitutional regularity.

The control of regularity is the name or denomination that the Supreme Court of Justice of the Nation has given to the set of norms that serve to evaluate the constitutionality or regularity of a norm. This idea or concept was used by the Plenary of the Supreme Court in several cases that were promoted before the constitutional reform of 2011 but given the significance of the disputes were attracted by the Plenary and resolved at various times<sup>51</sup>.

“Since the constitutional reform of 10th June 2011 in the field of human rights and its interpretation by the Plenary of the Supreme Court of Justice of the Nation in the contradiction of thesis 293/2011 and the diverse 21/2011 was incorporated into the techniques of interpretation and the so-called block of constitutionality (parameter of constitutional regularity) that subsumes the block of conventionality”<sup>52</sup>.

There are two positive criteria for identifying what should be understood by "direct interpretation" of a constitutional precept: 1) the direct interpretation of a constitutional precept in order to unravel, clarify or reveal the meaning of the norm, for which the intention of the legislator or the linguistic, logical or objective meaning of the words may be taken into account in order to understand the true meaning of the regulation, and this is achieved by using grammatical, analogical, historical methods, logical, systematic, causal or teleological. This implies that the sentence must fix or explain the meaning or scope of the content of a constitutional provision; and, 2) the direct interpretation of constitutional rules which, by virtue of their special characteristics and the supreme character of the body which creates and modifies them, in addition to the general rules of interpretation, may take account of other historical aspects, political, social and economic<sup>53</sup>.

The normative supremacy of the Constitution is manifested not only in its ability to serve as a parameter for the validity of all other legal norms, but also in the requirement that such norms,

---

<sup>51</sup> We found the background in the file IN 912/2010 solved the 14 July of 2011; formed on the occasion of the judgment handed down by the Inter-American Court of Human Rights in the case of Rosendo Radilla Pacheco against the Mexican State. Sentence handed down at the amparo directo 28/2010 del 23 November of 2011. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 solved the 7 de february of 2012. Contradicción de tesis 293/2011 sentenced 3 de september of 2013.

<sup>52</sup> A. Maldonado, *Los precedentes de las cortes regionales de protección de los derechos humanos y su influencia en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, in *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No .48/2019, p.77.

<sup>53</sup> Jurisprudence 63/2010, issued by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 164023, item: "DIRECT INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL NORMS. POSITIVE AND NEGATIVE CRITERIA FOR IDENTIFICATION."



when applied, are interpreted in accordance with the constitutional precepts; in such a way that, in case there are several possibilities of interpretation of the norm in question, the one that best conforms to the provisions of the Constitution is chosen. In other words, this intrinsic supremacy not only operates at the time of the creation of unconstitutional norms, the content of which must be compatible with the Constitution at the time of its adoption, but is extended, now as an interpretative parameter, to the phase of application of those rules<sup>54</sup>. In addition to its direct regulatory effectiveness, it is effective as a reference framework or dominant criterion in the interpretation of the other rules.

This principle of the interpretation of all the norms of the order in conformity with the Constitution is an elementary consequence of the conception of the order as a coherent structure, as a unit or context<sup>55</sup>.

The block of constitutionality as a hermeneutic tool is used to construct the parameter of constitutional regularity by determining the sources and, where appropriate, the contents of the provisions applicable to the specific case, without it it would not be possible to apply the other principles. Therefore, the block of constitutionality is the basis for the parametric instrumentation of the applicable contents making viable the application of the other principles, and defines what will be the subject of the interpretation that will be the law applicable to the specific case. Thus, in the order of ideas implies an analysis that has to do with the application of the sources contained in a common trunk, observing the applicable special situation provisions or, where appropriate, the specific group to which its human rights were violated.

In this case, the conflicts that it resolves in summary are: a) To clarify in the specific case the applicable sources, b) To determine the normative contents of the provisions and their harmonization with the constitution, c) To enable the application of other interpretative tools, such as the control of conventionality, conformity of interpretation and, where appropriate, the principle of rights. Thus its teleology is to grant coherence and unity to the normative order, and in its case with the parameter of constitutional regularity allowing to warn antinomies or normative gaps, and, where appropriate, recognize the constitutional character of all human

---

<sup>54</sup> See G. Marshall, *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa, 1982.

<sup>55</sup> R. Hernández Valle, *Los principios constitucionales*, Ed. Escuela Judicial. Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 1992, p. 89 ss.

rights norms regardless of their constitutional or conventional for legal operators to use for the interpretation of national rules in specific contexts where suspicious quality is perceived<sup>56</sup>.

As can be seen from the block of constitutionality and the conformation of the parameter of constitutional regularity is the core on which the other interpretative tools are based, and to which they subsume by obviousness, as it determines the analysis and where appropriate makes the applicability of the others viable<sup>57</sup>. In this sense, its implementation is a budget for the effectiveness of the other tools<sup>58</sup>.

It is important to note that this interpretative rule operates prior to the judgment of invalidity. That is to say, before considering a legal norm as constitutionally invalid, it is necessary to exhaust all possibilities of finding in it a meaning that makes it compatible with the Constitution and that allows it, therefore, to subsist within the order. In this logic, the interpreter must as far as possible avoid such an outcome and interpret the rules in such a way that the contradiction does not occur and the norm can be saved<sup>59</sup>. The judge must, whenever possible, try to escape the vacuum that occurs when a rule is denied validity and, in the specific case, if several interpretations are possible, the one that saves the apparent contradiction should be preferred<sup>60</sup>.

### 9. Ex officio conventional control.

With regard to the nature of ex officio control, judges are obliged to observe not only the acts of the authorities, but also the due and obligatory protection of the constitutional and treaty rights of individuals: “National judges have the obligation to exercise double control over the legality of acts and omissions by public authorities; that is, the control of constitutionality to determine the consistency of secondary acts and norms with the Constitution, and conventionality control to determine the consistency of domestic acts and norms with international human rights treaties and international jurisprudence. In other words, the new constitutional reality, derived from the interaction between domestic and international law,

---

<sup>56</sup> E. Carpio Marcos, *Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 4/2005.

<sup>57</sup> L. Favoreu, *El bloque de constitucionalidad*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, no. 5/1990.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> See X. Medellín, *Principio Pro persona*, Ciudad del México, SCJN, 2013.

<sup>60</sup> J. Malem, J. Orozco e R. Vázquez, en *La función judicial*, 2003.

oblige judges to guarantee constitutional supremacy and the conventional guarantee in the cases to be resolved”<sup>61</sup>.

As regards its acceptance as a constitutional right, the Supreme Court has delegated the applicability of ex officio control to judges through case law: “The expression ex officio does not mean that always and without exception, judges are required to review the constitutionality of the rights contained in the Constitution of the United Mexican States and in international treaties to which the Mexican State is a party; This expression means that this type of control can be done by virtue of their position as judges, even if: 1) they are not judges of constitutional control; and, 2) there is no express request from the parties”<sup>62</sup>.

As regards the object of ex officio control, the SCJN has determined that it should be done by means of three steps: “Thus, the expression ex officio that is preached of judicial control means that the judges have the power to control the norms that they will apply with regard to the Constitution and the international treaties to which Mexico is party, for the simple fact of being judges, but not that they must “necessarily” carry out such control in all cases, in any of its three steps: 1) interpretation in a broad sense; 2) interpretation in a strict sense; and, 3) non-application; but in those in which it is incidentally requested by the parties or they warn that the rule merits such control, without setting aside the formal and material budgets of eligibility”<sup>63</sup>.

## 10. Interpretation in accordance with.

The interpretation of norms in accordance with the Constitution has traditionally been based on the principle of preserving the law, which in turn is based on the principle of legal certainty and the democratic legitimacy of the legislator<sup>64</sup>. In the case of the law, the result of the will of the democratically elected representatives, the general principle of the preservation of the rules is reinforced by a stronger presumption of validity<sup>65</sup>. In addition, the principle of the interpretation of all legal norms in conformity with the Constitution is reinforced by the pro persona principle, which requires the maximization of compliance in those scenarios in which

<sup>61</sup> J. Mejía, *El control de convencionalidad en México, Centro América y Panamá*, Guaymas, 2016, p. 11.

<sup>62</sup> Control of constitutionality and conventionality ex officio. Its meaning and scope.

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> A.M. Bickel, *The least dangerous branch*, Yale, Yale University Press, 1986, pp. 23-33, 58-59 and 199.

<sup>65</sup> C. Guarnieri and P. Pederzoli, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999, p.16.

the such an interpretation would enable people's fundamental rights to be effective in the face of the legislative vacuum<sup>66</sup>.

The application of the principle of interpretation of the law in accordance with the Constitution requires the court to choose the one from which it derives an appropriate result. In case the secondary rule is obscure and admits two or more possible understandings. Thus, in the exercise of judicial control of the law, the constitutional judge must, if possible, choose the interpretation by which it is feasible to preserve the constitutionality of the contested rule, in order to guarantee constitutional supremacy and at the same time, to enable the proper and constant application of the legal order<sup>67</sup>.

The principle of consistent interpretation is based on the different principle of legal preservation, which implies that this interpretation is limited by two aspects: one subjective and another objective; on the one hand, it finds its limit in the will of the legislator, that is, it relates to the functionality and scope that the legislator gave to the the norm in question<sup>68</sup>. In the case of the objective will of the legislator, the interpretation of conformity may be carried out provided that the normative meaning resulting from the law does not entail a distortion, but a tempering or conformity with the original text of the contested normative provision; In addition, the principle of conformity of interpretation is based on a general presumption of validity of the rules intended to preserve laws; therefore, it is a method that operates before considering a legal precept unconstitutional or unconventional<sup>69</sup>.

In this sense, only when there is a clear incompatibility or contradiction that becomes insurmountable between an ordinary norm and the Constitution, will a declaration of unconstitutionality be made, therefore, the legal operator, when using the principle of consistent interpretation, it must exhaust all possibilities of finding in the contested normative provision a meaning that makes it compatible with the Constitution<sup>70</sup>.

Interpretation under the Constitution must prevail as the valid, effective and functional interpretation, i.e., The most important of these interpretations must always be the one that best

---

<sup>66</sup> Jurisprudence 37/2017, supported by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 2014332, item: "INTERPRETATION CONFORMING. NATURE AND REACH IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE PRO PERSONA."

<sup>67</sup> See R. Posner, *How judges think*, Harvard, Harvard University Press, 2008.

<sup>68</sup> A. Squella, *Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales*, in *Revista de derecho*, 2006, p.277 y ss.

<sup>69</sup> D.E. Herrendorf, *El Poder de los Jueces*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp.97-109.

<sup>70</sup> Y. Gómez, *Estado Constitucional y protección internacional*, en *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, 2014, pp. 231-280.

meets the constitutional requirements, given that it is the most senior normativity and that must govern the entire normative system. The aim of the interpretation is to ensure that the principles and values enshrined in the Constitution prevail<sup>71</sup>.

### 11. Constitutional supremacy.

The Constitution is the political embodiment of the sovereign, through his representatives, to whom the delegation and the obligation of carrying it out are conferred. So obedience to the Constitution is intrinsic, because it contains the will of the people, becoming the basis of political and social unity of the people<sup>72</sup>.

The Constitution is placed as the legal source of the entire normative order and as the basis of all national institutions. From the above, it can be glimpsed that there is a hegemony in its position, which must be warned first of all at the time of any issue of the country<sup>73</sup>.

There is no doubt that what Hamilton said on the subject of the Treaties should be noted: “Treaties should be considered the supreme law of the nation; opposing the idea that treaties, like other acts of a legislative assembly, should be able to be revoked when it seems convenient”<sup>74</sup>.

The Constitution, as a fundamental norm of the Mexican legal system, implies that the rest of the legal norms must be in accordance with it, both formally and materially. In such a way, that “when the Constitution has an express restriction on the exercise of human rights, it must be in accordance with the constitutional norm”<sup>75</sup>, so in the event of an express restriction, this will be given by the conditions of normative application, which do not depend on affirming their

---

<sup>71</sup> Case law I.40.A. J/41, supported by the Fourth Collegiate Court on Administrative Matters of the First Circuit, with electronic registration number 177591, title: *Interpretation in accordance with the federal Constitution. According to it the ordinary Courts may classify the contested act and define the effects of applying a provision declared unconstitutional*.

<sup>72</sup> R. Fallon, *The dynamic constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 33.

<sup>73</sup> B. Ackerman, *We the people. Foundations*, Harvard, Harvard University Press, 1991, p. 224.

<sup>74</sup> J. Madison, *El federalista*, Ciudad del México, FCE, 2007, p. 66.

<sup>75</sup> In this sense it expresses the contradiction of thesis 293/2011 that “The express restrictions of a constitutional nature to the exercise of human rights can have two possible causes in a democratic regime: a) be the result of an exercise of proper weighting of the Constituent of the same human rights (the obligations generated by these rights are often in conflict) and b) be the result of a democratic exercise of weighting between certain rights and others constitutionally protected property, such as democratic rule, federalism, division of powers, etc.”.

binding nature, but on the nature of their content; thus it is stated that speaking of human rights standards all are equally binding, but with differentiated conditions of application.

The idea that is put to observation, is the pre-eminence of the Constitution as a body that predominates to the rest of the existing norms and to be created, and in the event of a conflict with some international treaty (regardless of its subject matter) should be resolved in accordance with the Constitution, placing its supremacy above any international instrument<sup>76</sup>. The foregoing, without forgetting that it must be interpreted in the most favorable way to the person, although in a restricted sense in accordance with what the constitution itself postulates<sup>77</sup>.

## 12. Inapplicability of human rights.

The administration of justice as a subjective public right is increasingly distant for the following reason. The tendency to turn judicial decisions into theoretical treaties of law, forgetting that academia (theory) is the responsibility of universities, whereas the proper function of the State organs responsible for the administration of justice is precisely that, the administration of justice, where technology must be at the service of justice.

The requirement that all the points raised by the parties be dealt with in an express manner, line by line, point by point, despite the fact that many of them do not reveal a serious intention to defend, but rather to open up a range of possibilities to see which one prospers, with the serious risk to the judge of any omission<sup>78</sup>.

The guarantees underlying the fundamental right of access to justice provided for: “1. The right of every person to a fair hearing within a reasonable time by a competent, independent and impartial Judge or Court previously established by law; in the handling of any criminal charges brought against it or for the determination of its civil, labour, tax or other rights and obligations; 2. The existence of an effective judicial remedy against acts that violate fundamental rights; 3. The requirement that the competent authority provided for by the respective legal system

---

<sup>76</sup> C.M. Rosales, *Una propuesta para su ponderación y otorgamiento de los Derechos Humanos*, in *Revista Justicia y Derechos Humanos*, No. 2/2018.

<sup>77</sup> Case law 2a. /J. 163/2017 (10a.), supported by the Second Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation, with electronic registration number 2015828, title: *Constitutional restrictions on the enjoyment and exercise of rights and freedoms. Its content does not prevent the Supreme Court of Justice of the Nation from interpreting them the way most favorable to the people in terms of constitutional postulates themselves.*

<sup>78</sup> See R. Dworkin, *Virtud Soberana*, Madrid, Paidós, 2003.

decides on the rights of any person who interposes it; 4. The development of possibilities for judicial recourse; and, 5. Compliance by the competent authorities with any decision in which the appeal has been deemed appropriate”<sup>79</sup>.

The fundamental right of access to justice is considered to be a gender with the principles that derive from that precept (prompt, complete, impartial and free justice), and must be interpreted in the principle *pro personae*, is the most favourable interpretation that allows the widest access to the delivery of justice<sup>80</sup>.

The justiciable must give the guidelines to seek the value of justice, that is, it must not fall to the point that absolutely everything is written, without any effort of the intellect to reach the final point<sup>81</sup>.

Judgements must be made to resolve disputes, do justice, attend to the serious approaches of the parties, reason to justify and convince, it can be said that the principles of completeness and consistency associated with the satisfaction of the public service of administration of justice are fully complied with<sup>82</sup>.

### 13. Anti-progressivity.

The principle of progressivity was originally linked to Economic, Social and Cultural Rights (ESCR), because they were deemed to be imposed on States, positive obligations to act that involved the provision of economic resources, and that their full realization was conditioned by the economic, political and legal circumstances of each country.

In this way, in the international instruments that recognized these rights, the principle of progressivity was included with the aim of demonstrating that these rights do not constitute mere "programmatic objectives", but genuine Human Rights that impose immediate compliance obligations on States, such as ensuring minimum levels of the enjoyment of those

---

<sup>79</sup> Case law VI.10.A. J/2, supported by the First Collegiate Court in Administrative Matters of the Sixth Circuit, with registration number 2001213, title: *Access to the delivery of justice. The guarantees and mechanisms contained in articles 8, 1 and 25 of the American convention on human rights, which are intended to give effect to their protection, underlie the fundamental right provided for in article 17 of the Constitution.*

<sup>80</sup> See R. Hirschl, *Towards juristocracy*, Harvard, Harvard University Press, 2007.

<sup>81</sup> M.C. Redondo, *La justificación de las decisiones judiciales*, in *Revista Isegoria*, No.21/1999, p.149 et ss.

<sup>82</sup> Isolated thesis VIII.40.16 K, issued by the Fourth Collegiate Court of the Eighth Circuit, with electronic registration number 178560, under the heading *Administration of Justice. Compliance with the principles of completeness and consistency correlated to that subjective public right provided for in article 17 of the Federal Constitution.*



rights, ensuring their enjoyment without discrimination, and the obligation to take deliberate, concrete and targeted measures to their satisfaction; as well as medium-term performance obligations to be undertaken progressively in the light of the specific circumstances of each country<sup>83</sup>.

Thus, progressivity constitutes the commitment of States to adopt measures, both at the domestic level and through international cooperation, especially economic and technical, to achieve progressively the full realization of the rights deriving from economic, social and educational standards, science and culture, a principle which cannot be understood as meaning that governments do not have an immediate obligation to strive for the full realization of those rights, but in the possibility of progressing gradually and steadily towards its fullest realization, according to its material resources; thus, this principle requires that as the level of development of a State improves, improve the level of commitment to ensuring economic, social and cultural rights<sup>84</sup>.

The principle of progressivity that governs in the field of Human Rights implies both graduality and progress<sup>85</sup>. Gradual means that, generally speaking, the effectiveness of human rights is not achieved immediately, but involves a whole process that involves defining short-, medium- and long-term goals. For its part, progress meant that the enjoyment of rights must always be improved. In this regard, the principle of progressivity relates not only to the prohibition of regressivity in the enjoyment of fundamental rights but also to the positive obligation to promote them progressively and gradually.

The State has a constitutional mandate to carry out all the necessary changes and transformations in the economic, social, political, and cultural structure of the country, so as to guarantee that all people can enjoy their rights<sup>86</sup>. The principle in question, therefore, requires all State authorities, within their sphere of competence, to increase the degree of protection in the promotion, respect, protection, and guarantee of human rights and also prevents them, by virtue of their expression of non-regressivity, To adopt measures that, without full constitutional

---

<sup>83</sup> Jurisprudence no. 86/2017, *Principle of progressivity. Applies to all human rights and not only so-called economic, social and cultural rights. Scjn.*

<sup>84</sup> I.4o.A.9 K: *Principles of Universality, Interdependence, Indivisibility of Human Rights. What they consist of. Scjn..*

<sup>85</sup> See C. Wolfe, *The rise of modern judicial review*, New York, Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994.

<sup>86</sup> C.S. Nino, *The Constitution of deliberative democracy*, Yale, Yale University Press, 1996, pp. 1-5.

justification, diminish the level of protection of the fundamental rights of those who submit to the legal order of the State<sup>87</sup>.

Therefore, it could be considered that the inapplicability of a Human Right is against their progressivity. However, if a Human Right on the Constitution were recognized, it would break the harmony and logic of the normative system, The constitutional history would be ignored and the self-determination of the people would be subject to the criteria of international human rights courts.

#### 14. Normative pragmatism.

For judges, as public servants they are subject to the principle of legality and, above all, to the preservation and enforcement of the Constitution. Therefore, the principle of legality and constitutionality are paramount to the performance of their functions and as a limit to their actions<sup>88</sup>. The judge's action must always be based on the law (legality) or what others have called the government of judges, where the legal norm means the basis of institutions. Thus, legality is based on the fact that the authority is only entitled to act as prescribed by law and to comply fully with the law.

The principle of constitutionality consists of "to recognize the existence of a State governed by the rule of law, a State in which the acts of public authority are always and necessarily subject to the Constitution; it also requires the existence of a democratic system from which the decisions taken, the legitimacy of the decisions taken, on a democratic basis; requires full respect for fundamental rights; requires the existence of various methods or possibilities for the provision of material benefits or individuals, and an understanding that the Constitution must govern with respect to the totality of the accusations of the public power"<sup>89</sup>.

In this sense, an articulating arm of this principle is the conventional control ex officio. In Mexico, to refer to the *control of constitutionality* means to analyze directly the conformity of ordinary legal elements with any precept of the Fundamental Law in the strict sense -although

---

<sup>87</sup> Isolated thesis CXXVII/2015: *Principle of progressivity of human rights. Its nature and function in the Mexican State*. SCJN.

<sup>88</sup> A. Bickel, *The least dangerous branch*, Yale, Yale University Press, 1986, p.78.

<sup>89</sup> J.R. Cossío Díaz, *Problemas de la Justicia Constitucional*, in *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, 2007, p. 397.

implicit or indirectly international norms are also protected-, but also refers to the direct analysis of international human rights norms that bind the Mexican State, primarily the American Convention on Human Rights, since the observance of these rights also has constitutional status. On the other hand, as developed by inter-American jurisprudence, the expression "control of conventionality" is more restricted, because it refers only to the direct analysis of conformity with international requirements, although implicit, but indirectly, constitutional norms are also protected"<sup>90</sup>.

The problem of judicial control of laws based on human rights treaties, in relation to systems in which centralization exists or had existed in the area of constitutional control of laws, is that the structuring, principles and guarantees of the constitutional court, are not applicable to the ordinary court, with the result that the objection based on the democratic value of the law (effect against majority), in conjunction with the principle of legal certainty, is transferable, in principle, to that possibility, since the degree of indeterminacy of the rules on guaranteed constitutional rights is comparable to the degree of abstraction of the human rights standards recognized in international treaties. In other words, because the ordinary judge, in order to apply the international human rights treaty, must first assign a content to the standard of rights and freedoms, "(...) shall be in a position, at the same time, of being a subject, but also of superiority, over the ordinary law (...)", since he has the power to define the scope of the rule that will serve as a parameter for this purpose<sup>91</sup>.

As a result, sometimes judges in the simplest and most practical solution, and in the face of obvious opposition to the Constitution, disregard international instruments that protect the human right required by the individual. This means that there is an aporia between human rights and the positive system, and the futility of a false debate that must prevail.

### 15. Constitutional sovereignty.

Sovereignty is the way in which people are self-determined, and with it, can create the norms that identify them, that reflect their will in the laws. This implies that, in an exercise of

---

<sup>90</sup> E. Ferrer, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, Ciudad del México, SCJN, 2013, p. 18.

<sup>91</sup> F. Silva, *Control de convencionalidad y constitucionalidad ex officio: condiciones de racionalidad para su ejercicio en el juicio de amparo*, in *Revista del instituto de la judicatura*, No.6/2013, p. 92.

normative primacy, whatever the people prefer will prevail in order to achieve their social objectives<sup>92</sup>.

It can be observed that the Constitution was born with the aim of giving identity to the peoples, and the power of the capacity to endow itself with a democratic government,<sup>93</sup> and to enable them to equip themselves with the norms that they require for their objectives as a society.<sup>94</sup>

In this way, each State designs and selects the laws that will govern within it. In the case of norms derived from international human rights treaties, the representatives of the country assume a State representation and validate the content of these international instruments. However, care must be taken to ensure that none of them exceeded the will reflected in the popular will and did not violate the principles that constituted it.

Now, in the event that there is a rule from an international treaty, which is contrary to or incompatible with the Constitution, the judge must pay attention to the content of the will of the people contained in the national political code. Specifically, with regard to the object of ex officio control, the Mexican SCJN has determined that it should be done by means of three steps: "Thus, the expression ex officio that is preached of judicial control means that the judges have the power to control the rules that they will apply with regard to the Constitution and the international treaties to which Mexico is a party, simply by being judges, but not that they "necessarily" have to carry out such control in all cases, in any of its three steps: 1) conforming interpretation in the broad sense; 2) conforming interpretation in the strict sense; e, 3) non-application; but in those in which it is incidentally requested by the parties or they warn that the rule merits such control, without setting aside the formal and material presuppositions of admissibility"<sup>95</sup>.

## 16. Independence and autonomy of judges<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> R. Peralta, *Soberanía Nacional y Estado Constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, No.155/1999, pp. 309-310.

<sup>93</sup> R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc, 2010, pp. 24 and 44.

<sup>94</sup> J.M. Serna, *El principio de soberanía en la Constitución mexicana*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol.70/2020, p. 687.

<sup>95</sup> Control of constitutionality and conventionality ex officio. its meaning and scope. In the review of direct amparo 3113/2014, the First Chamber of the SCJN stated that constitutional supremacy corresponds to all human rights incorporated in the country's legislation, since it is part of the same catalogue, including those referred to in the international instruments ratified by the Mexican State that are integrated into the national legal order, becoming part of the catalogue of rights, which operates as a parameter of constitutional regularity, therefore, such rules cannot contravene the principle of constitutional supremacy.

<sup>96</sup> See C.M. Rosales, *Independencia judicial*, in *Revista Argumentos. Estudios transdisciplinarios sobre culturas jurídicas administración de justicia*, No 9/2020.

At present, Western constitutional democracies share a fundamental characteristic: the independence of the judge, that is, a set of guarantees designed to ensure his or her impartiality, vis-à-vis the parties and political and social institutions<sup>97</sup>.

More particularly, judicial independence is the only thing that can be achieved except with the security of the judges' work, with the certainty of appointment and of being subject to promotion and with adequate remuneration and incentives, to provide them with personal peace of mind, which as a whole will mean the existence of a Judiciary that is not dependent in any sense and, much less of any hierarchical relationship with the other officials of the other public authorities, in order to be in a position to fulfil the role assigned to them by the Constitution<sup>98</sup>.

Judicial independence means that judges are not subject to any hierarchical, political, administrative, economic, bureaucratic or other authority, since the essence of the exercise of their functions is the freedom to act, without taking into account any element other than the law<sup>99</sup>. The purpose of this judicial guarantee is to maintain the impartiality of the judiciary and to avoid any influence on the judiciary<sup>100</sup>.

The subordination of the judge is only to the law and that is, precisely, his most effective protection and, his guarantee for full judicial independence: “The breadth and effectiveness of the personal guarantees that surround the judge are closely connected with the particular characteristics of the judicial organization, which are largely dependent on the type of recruitment”<sup>101</sup>.

The rationale behind the principle of judicial independence is undoubtedly the need for genuine impartiality in the administration of justice. Not only to protect individuals against any form of arbitrariness or abuse, but above all to allow only an impartial body, authorized to determine the meaning of the legal norm<sup>102</sup>.

Interference with their work can be external or internal: “External independence arises before the other formal powers. The Judiciary -or jurisdictional- does not depend on the Executive or the Legislature in the fulfillment of the powers reserved to it by the Political Constitution, based on the division of powers. Internal independence arises when the judge is able to know or

---

<sup>97</sup> C. Guarnieri and P. Pederzoli, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999, p. 16.

<sup>98</sup> Herrendorf, Daniel E., *El Poder de los Jueces*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994, pp.97-109.

<sup>99</sup> Melgar Adalid, Mario, *El consejo de la judicatura federal*, México, Porrúa, 2000, p.29.

<sup>100</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *op. cit.*, p.17.

<sup>101</sup> *Ídem*, p.46.

<sup>102</sup> Caballero Juárez, José Antonio y Concha Cantú, Hugo Alejandro, *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*, México, UNAM-IIIJ, 2002, p. 309.

resolve without being distracted by circumstances of his own -often originating from his personal relationships or situations- that could divert the legitimacy of the judgment”<sup>103</sup>.

The principle of judicial independence is laid down in the Code of Ethics of the Judicial Branch of the Mexican Federation, such as the “attitude of the judge in the face of influence alien to the law, coming from the social system. It consists of judging from the perspective of law and not from pressures or interests foreign to it”<sup>104</sup>.

The purpose of the independence of the Judiciary is to provide a system of mutual guarantees, to avoid the possibility of an actor being able to unilaterally manipulate the rules of the political system<sup>105</sup>.

The principle of independence refers to the guarantees and attributes available to the organs and authorities of the Tribunal, to ensure that their deliberative and decision-making processes are conducted in complete freedom and are solely and exclusively subject to the rule of law, with full independence from any established power<sup>106</sup>.

Likewise, the principle of independence means “freedom in the sense of absence of subordination. Then, the authority must resolve in a free way, without accepting any kind of interference in the making of its jurisdictional decisions, either of public authorities or of any type of persons, organizations and political entities”<sup>107</sup>.

When judges are given independence, impartiality is ensured for the judge, and an institutional democratic order is maintained<sup>108</sup>. Therefore, it is crucial to have independent authorities to remove any doubts in their actions and, above all, to guarantee the conditions for optimal performance<sup>109</sup>. It follows, then, that judicial independence depends on ethical values and the training of the judge, “hence all the determinations of the dispenser of justice”<sup>110</sup>.

Judicial independence is an attribute of the officials responsible for administering justice, by which they must not be subjected to any kind of pressure, insinuations, recommendations,

<sup>103</sup> García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 1997, pp.30-31.

<sup>104</sup> Código de ética del Poder Judicial de la Federación, México, SCJN, 2004, p.17.

<sup>105</sup> G. Negretto and M. Ungar, *Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina*, in *Política y Gobierno*, Vol. IV, 1997, p. 83.

<sup>106</sup> TEPJF, *El Sistema mexicano de justicia electoral*, México, TEPJF, 2003, pp.14-15. See S. Nieto, op.cit., p. 308.

<sup>107</sup> J. Canto Presuel, op. cit., p. 49.

<sup>108</sup> C.M. Rosales, *Comparación jurisdiccional entre jueces y jurado*, in *Revista de estudios de la justicia*, No. 28/ 2018.

<sup>109</sup> H. Andaluz, *La posición constitucional del Poder Judicial*, in *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No.XXXV/2010, pp. 229-243.

<sup>110</sup>For example, we had the Warren Court has been regarded as a liberal court, while the Court headed by Rehnquist, a had a conservative tendency. C. Wolfe, *The rise of modern judicial review*, New York, Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994, pp. 258-291.

demands, or advice by parts of other organs of the judiciary or even of the same judicial branch"<sup>111</sup>. Again, this meaning indicates that interference can be internal and external. That, by compromises with his superiors, he must obey an order, which would undermine his independence. On the other hand, corrupt requests can be from the outside, in which an agent invites you, suggests, invites, proposes not to use the rule to define, but the private interests of the parties<sup>112</sup>.

The Code of Ethics of the Judicial Branch of the Mexican Federation refers to judicial independence as: "The attitude of the judge in the face of influences foreign to the Law, coming from the social system. It consists of judging from the perspective of law and not from pressures or interests foreign to it. Therefore, the judge: 1. He rejects any kind of recommendation that tends to influence the processing or resolution of matters that are subject to his authority, including those that could come from servants of the Federal Judiciary. 2. It preserves the proper exercise of its functions by denouncing any act likely to infringe on its independence. 3. Avoid engaging in activities or situations that may directly or indirectly affect your independence. 4. Refrains from recommending, insinuating or suggesting, for an illegitimate purpose, the meaning in which the other judges must make any judicial determination which has an effect on the resolution of a matter".

It should be noted that judges must be guaranteed various guarantees for the proper performance of their duties<sup>113</sup>. These guarantees, in the words of Professor Héctor Fix-Zamudio, are: "the set of instruments established by the constitutional rules with the aim of achieving the independence and impartiality of the judge and which, in addition, have a dual approach, since they are used for the benefit of the members of the Judiciary."<sup>114</sup> They also favour the actions of the petitioners of justice. These judicial guarantees include a number of instruments that apply to members of the judiciary concerning the stability, remuneration, responsibility and authority of judges"<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Judgment of the Colombian Constitutional Court C037-1996.

<sup>112</sup> C.M. Rosales, *Las garantías jurisdiccionales de los impartidores de justicia*, in *Revista Nuevo Derecho*, Vol.7, No.9/2011, pp. 59-70.

<sup>113</sup> C.H. Sheldon, *Essential of the American constitution*, New York, West, 2003, p. 20.

<sup>114</sup> G. Marshall, *Teoría Constitucional*, Madrid, Espasa, 1982, pp.157, 158 and 163.

<sup>115</sup> H. Fix-Zamudio and J.R. Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*, Ciudad del México, FCE, 1999, p. 31. See F.J. Barreiro Pereira, in *Sistemas de Justicia Electoral*, México, TEPJF, 1999, pp. 405-430.



It can therefore be concluded that judicial independence not only benefits the judiciary as a public authority or the administration of justice as judges, but also benefits the population, since the rule is the only canon for resolving legal disputes.

In addressing the issue of the relevance of ex officio conventional control, the highest Mexican constitutional court has warned, but with the proviso that, based on the autonomy and independence of the judge, it can decide whether to consider the application of the same: “In the judicial function, as indicated in the last part of article 133, in conjunction with article 1., both of the Constitution of the United Mexican States, the control of conventionality ex officio implies that judges are obliged to prefer the human rights contained in the Constitution and in international treaties, notwithstanding any provisions to the contrary found in any inferior rule, which even implies that those that conflict with the aforementioned rights should not be applied. However, not in all cases in which the judge warns of the possible non-conventionality of a legal provision, should carry out the respective ex officio control, since there are cases in which its exercise is irrelevant because it is not suitable or effective to vary the meaning of the judgment claimed”<sup>116</sup>.

The SCJN has defined the Parameter for the Control of Conventionality ex officio in the field of Human Rights as follows: “The mechanism for the ex officio control of conventionality in the field of human rights by the judiciary must be in accordance with the general model of control established by the Constitution. The analysis parameter for this type of control, to be exercised by all judges in the country, is as follows: a) all the human rights contained in the Federal Constitution (based on articles 1. and 133), as well as the jurisprudence issued by the Judicial Branch of the Federation; b) all human rights contained in international treaties to which the Mexican State is a party; c) the binding criteria of the Inter-American Court of Human Rights derived from the judgments to which the Mexican State has been a party, and d) the guiding criteria of the jurisprudence and precedents of the aforementioned Court when the Mexican State has not been a party”.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup>Control of constitutionality and conventionality ex officio. its meaning and scope. In the review of direct amparo 3113/2014, the First Chamber of the SCJN stated that constitutional supremacy corresponds to all human rights incorporated in the country's legislation, since it is part of the same catalogue, including those referred to in the international instruments ratified by the Mexican State that are integrated into the national legal order, becoming part of the catalogue of rights, which operates as a parameter of constitutional regularity, therefore, such rules cannot contravene the principle of constitutional supremacy. SCJN.

<sup>117</sup> Décima Época, Registro: 160526, Pleno, Tesis: P. LXVIII/ 2011 (9a.), p. 551[TA]; 10a. Época, S.J.F., Libro III, 2011, Tomo I, p.551. SCJN.

### 17. Economic cost.

There is a cross-cutting and multidisciplinary theme in various sciences and branches of the State when the human rights demands of the justiciables are recognized. Not only because of the question of the progressivity of universal moral rights, but also because the granting of such rights will generate a financial cost for the authority.

It should be noted that the means or goods for the fulfilment of human rights are not given free of charge, but that the cost is transferred to the treasury, producing a redistribution of the treasury by an indirect means, and therefore, it is the same society that is sponsoring the petition of the affected party in its legal sphere. But it should be considered that it is not always possible to comply absolutely with a judicial decision or judgment, because of the obstacle to be able to satisfy the request made by the person(s). Given this situation, it is possible that in the face of the physical or material impossibility of obedience to the rule, order or sentence to carry it out, the authority responsible for consummating the request or order may declare its execution inadmissible<sup>118</sup>.

The economic cost becomes an element to be taken into account for the fulfillment of several Human Rights, since many of them are related to material goods (such as health or the payment of the tariff for education), the market influences the price (based on supply and demand), and therefore, being a commercial good, it must be acquired through the exchange of goods and resources from the authority to enforce that Human Right.

### 18. The material impossibility of the State.

One of the issues in recognizing human rights, is that its requests will have an action on the part of the authority so that the(s) person(s) either as a guideline in its performance and as a mandate of an authority, so he would be obliged to submit to the rule of law. However, the

---

<sup>118</sup> C.M. Rosales, *La gratuidad de los derechos prestacionales como Derechos Humanos*, in *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, No. 48/2018.

judicial authority, when ordering compliance with human rights, does not consider the material and economic possibility of the State<sup>119</sup>.

It may also be that the obstacle is not for the resources of the treasury, but that it involves going against fundamental rights (the informal pre-trial detention in Mexico that violates the presumption of innocence or the arraigo that violates personal freedom) or the institutions that make up the national positive system (an exclusive drug whose cost should be absorbed by the public health system). In view of this, it is impossible for the State to obey in an absolute manner the customary practice of human rights or the order of a judge.

The impossibility of the State's enforcement of a sentence must be justified by arguments beyond the law, arguing its social, political or economic cost that could lead to compliance with judicial decisions. This failure to apply for failure to comply with human rights is based on the law, but compliance with it leads to the consideration of material circumstances, and in many cases will have to involve expenditure by the authorities.

For example, in the face of the change in form for classes by the public education system, the Internet, computers and/or telephones are required to serve this purpose, Should the State pay for all these material goods in order to enjoy the human right to education? Or in medical treatment of recent experimentation (which is quite onerous, in addition to transportation abroad)<sup>120</sup>.

Should the human right to health be financed, at the expense of the rest of the beneficiaries or by the State? And there is one question. Should the judge be aware of the economic cost to the protection of human rights or should he only ensure that the human rights of the justiciable are respected and protected, regardless of their price?

## 19. Epilogue.

The inapplicability of Human Rights is an issue that does not cause aporias in normative systems but gives coherence to it by generating exceptions in its general applicability (for example, arraigo being an administrative figure that goes against the human right of personal

---

<sup>119</sup> C.M. Rosales, *Justiciabilidad de los derechos sociales*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, no. 2/2019.

<sup>120</sup> In Mexico, the Amparo Law provides that, in the event of the impossibility of serving a sentence, a substitute fulfillment is given, and with this protecting the rights of the individual who requested the protection of the State.

freedom and assembly). It was shown that human rights are not absolute, but that their realization depends on the circumstances of the prerogative required and the ability of the authority to give, to do or not to do an act.

There are certain rules that conflict with the positive system of a country, therefore reservations should be made to international instruments recognized by States (for example, restrictions on political rights for ministers of religion in Mexico, which goes against the human right to be a candidate or associate in order to form a political party), so it is right that countries when ratifying manifest these reservations, to establish the limits to the fulfilment of any human right, Inapplicability is not as exceptional as one might imagine, it is a practical exercise of authority, in which he considers that constitutional supremacy or the impossibility of the observance of human rights should be safeguarded for circumstantial reasons (for example, access to drinking water, free internet access or decent housing). And here there is a problem, to what extent human rights should be recognized and granted as legally enforceable letters to redistribute goods and rights, based on their justiciability and moral weight, returning to the judiciary in an office of parts of the persons tan claim justice<sup>121</sup>.

The issue of human rights compliance is a case-by-case one. Each matter will have its own importance and resolution because there is no model for the general and unconditional fulfillment of them; but depending on each question will be resolved. Taking into account the effectiveness of Human Rights and proportionality, so that they are recognized and granted. This text is controversial and provocative, this being the intention, not to reproduce concepts or products of others, nor copy, or comment, nor reinterpret the ideas of third parties, but as Borges mentioned: “I am proud of what I have read, and not, of what I have written”.

**Abstract:** Il discorso dei diritti umani si convalida nel modo nel quale loro si intendono e si usano. Ma ci sono casi o eventi nei quali l'autorità può disapplicare una sezione di qualche strumento internazionale sui diritti umani, questo lavoro sviluppa i diversi motivi per non attendere il rispetto di un diritto umano specifico.

**Abstract:** The discourse of human rights is validated by the way in which they are understood, protected, and used. However, there are certain cases or circumstances in which the authority may derogate from or violate a paragraph of an international human

---

<sup>121</sup> See C.M. Rosales, *Entre la norma y la justicia*, in *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 52/2020.

rights instrument, This paper, therefore, sets out the various reasons for failing to comply or recognize a given human right.

**Parole chiave:** Costituzione – diritto umano – trattato – disapplicazione – giustificazione.

**Key words:** Constitution – Human Rights – Treaty – Inapplicability – Justiciability.

# UNA GOVERNANCE INTEGRATA DELLA MOBILITÀ UMANA NEL CONTESTO DEL CAMBIAMENTO CLIMATICO. SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DALLA DECISIONE *TEITIOTA* DEL COMITATO PER I DIRITTI UMANI\*.

di Adele Del Guercio\*\*

**Sommario.** 1. Introduzione. – 2. Il regime internazionale di protezione dei diritti umani. – 2.1. La decisione *Teitiota* del Comitato per i diritti umani. – 2.1.1. I fatti all’origine della comunicazione. – 2.1.2. L’analisi nel merito e le constatazioni del Comitato. – 2.1.3. La decisione *Teitiota* nella prospettiva della lotta al cambiamento climatico. – 3. La *governance* delle migrazioni connesse ai fenomeni ambientali o climatici nei diversi regimi sovranazionali. a). Nel quadro della lotta al cambiamento climatico. – b). Nel regime di tutela dei diritti dei migranti e dei rifugiati. – 4. L’impatto della decisione *Teitiota* sulle prassi e la giurisprudenza internazionale e nazionale. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

Nell’ordinamento internazionale, così come negli ordinamenti statali, si registra una sempre maggiore sensibilità nei confronti di fenomeni quali il cambiamento climatico, il degrado ambientale e i disastri, ritenuti una minaccia sempre più grave e urgente ai diritti umani<sup>1</sup>. Ne sono indicatori, tra gli altri, la risoluzione dell’Assemblea generale delle

\* *Sottoposto a referendum*. Il presente contributo è il prodotto di una ricerca condotta nell’ambito del PRA 2021, *Antropocene/Capitalocene e migrazioni internazionali. Una lettura critica*.

\*\* Ricercatore t.d., lett. b) di Diritto internazionale – Università di Napoli L’Orientale.

<sup>1</sup> *Global update at the 42nd session of the Human Rights Council. Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet*, 9 September 2019; IPCC, *IPCC Sixth Assessment Report, Climate Change 2022. Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2022; *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, Committee on the Rights of the Child, Committee on the Rights of Persons with Disabilities Joint Statement on “Human Rights and Climate Change”*, 16 settembre 2019.

Nazioni Unite che sancisce il diritto ad un ambiente sano<sup>2</sup>, i ricorsi e le richieste di pareri<sup>3</sup> presentati dinanzi ai Tribunali internazionali<sup>4</sup> e nazionali<sup>5</sup>, o anche l'inserimento nelle Carte costituzionali di riferimenti espressi all'ambiente<sup>6</sup>. Negli ultimi decenni è poi divenuta ricca e significativa la letteratura scientifica sul tema<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Human Rights Council, *The human right to a safe, clean, healthy and sustainable environment*, UNDoc. A/HRC/48/L.23/Rev.1 del 5 ottobre 2021.

<sup>3</sup> Cfr. la richiesta di parere alla Corte internazionale di giustizia presentata da Vanuatu, <https://www.theguardian.com/world/2022/may/11/vanuatus-push-for-legal-protection-from-climate-change-wins-crucial-support>.

<sup>4</sup> Cfr. UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, 26 gennaio 2021. In dottrina, tra gli altri, si rinvia a R. Pavoni, *Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Court of Human Rights. Comparative Insights*, in B. Boer (a cura di), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, OUP, 2015, 69-106; C.M. Pontecorvo, *Towards Litigating Climate-Induced Migration? Current Limits And Emerging Trends For The Protection Of "Climate induced Migrants" In International Law*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 99-110. Comitato dei diritti umani, *Portillo Cáceres e altri c. Paraguay*, com. N. 2751/2016, constatazioni del 25 luglio 2019; Corte interamericana per i diritti umani, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) c. Argentina*, Series C No 400, decisione del 6 febbraio 2020; Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli, *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, decisione del 27 maggio 2002; Corte europea dei diritti umani, *Budayeva c. Russia*, sentenza del 20 marzo 2008. Va segnalato che il Comitato dei diritti umani adotterà a breve la propria posizione su un ricorso presentato da un gruppo di otto isole australiane (*Torres Straits Islanders*) che chiamano in causa il proprio governo per la violazione degli artt. 6 (diritto alla vita), 17 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 27 (diritto alla propria cultura) del Patto, in quanto non si sarebbe impegnato in maniera sufficiente nella riduzione delle emissioni climateranti e dunque contribuirebbe al cambiamento climatico, che sta provocando l'innalzamento degli oceani – con conseguenti inondazioni, riduzione delle terre coltivabili, danno ai siti indigeni – e delle temperature – con conseguente perdita di biodiversità marina. Sebbene in questo caso si tratti di cittadini australiani, che potranno essere reinsediati nel territorio statale, nondimeno si tratta di un caso estremamente significativo per il rilievo che può acquisire il regime di tutela dei diritti umani nella valutazione che il Comitato è chiamato a svolgere. Cfr. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/petition-of-torres-strait-islanders-to-the-united-nations-human-rights-committee-alleging-violations-stemming-from-australias-inaction-on-climate-change/>.

<sup>5</sup> M. Scott, *Climate Change, Disasters and the Refugee Convention*, CUP, 2020, p. 32 ss.; P. Pustorino, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 596-605; S. Villani, *Reflections on human rights law as suitable instrument of complementary protection applicable to environmental migration*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2021.

<sup>6</sup> Anche il Parlamento italiano, l'8 febbraio 2022, ha approvato la modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione, inserendovi un riferimento all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e al benessere degli animali.

<sup>7</sup> S. Atapattu, *"Climate Refugees" and the Role of International Law*, in *The legal landscape*, 12 settembre 2018; S. Behrman e A. Kent (a cura di), *'Climate Refugees'. Beyond the Legal Impasse?*, Routledge, Londra, 2018; G.D.R. Laut, *Humans on the move : integrating an adaptive approach with a rights-based approach to climate change mobility*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022; E. Fornalé, *A l'envers: Setting the stage for a protective environment to deal with 'climate refugees' in Europe*, in *European Journal for Migration Law*, 22 (4), 2020, pp. 518-540; E. Fornalé, *Collective action, common concern and climate-induced migration*, in S. Behrman e A. Kent (a cura di), *Climate Refugees: Global, Local and Critical Approaches. Earth System Governance*, Cambridge University Press, 2022, pp. 107-127; B. Mayer e F. Crépeau (a cura di), *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2017; D. Manou, A. Baldwin, D. Cubie, A. Mihr e T. Thorp (a cura di), *Climate Change, Migration and Human Rights Law and Policy Perspectives*, Routledge, 2017; Matias, *Climate humanitarian visa: international migration opportunities as post-disaster humanitarian intervention*, in *Climatic Change*, 2020, pp. 143-156; J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford



Con il presente scritto si vuole verificare se un’analoga attenzione si stia affermando anche nei confronti della mobilità umana correlata ai suddetti fenomeni. È d’obbligo precisare che chi scrive rigetta qualsiasi approccio deterministico alla questione oggetto di approfondimento, poiché gli studi dimostrano come alla base della migrazione vi sia una combinazione di fattori economici, sociali e politici che non consentono di riportare in termini di causa/effetto ai fenomeni ambientali o climatici a lenta e graduale insorgenza (l’aumento delle temperature, lo scioglimento dei ghiacciai, l’innalzamento del livello del mare, l’erosione e la perdita di fertilità delle terre, la desertificazione, la contaminazione delle falde freatiche, la salinizzazione delle acque o del suolo, la diminuzione delle risorse idriche)<sup>8</sup> o rapida (terremoti, uragani, eruzioni vulcaniche) la ragione alla base dello spostamento. Il fenomeno è di difficile inquadramento poiché “it encapsulates a wide range of phenomena, drivers, triggers, impacts and movement types”<sup>9</sup>. Anche alla luce di tale circostanza, oltre che per la difficoltà di definizione di coloro che si spostano per motivi correlati ai fenomeni ambientali e climatici, non è agevole fornirne delle stime. Tra l’altro, com’è stato evidenziato, monitorare gli spostamenti dovuti in special modo a eventi a lenta e graduale insorgenza è particolarmente insidioso, poiché divengono visibili solo quando la crisi è oramai esplosa<sup>10</sup>.

Dunque, se non sussiste una “direct and exclusive causality” tra gli effetti del cambiamento climatico e del degrado ambientale e la mobilità umana, nondimeno “the connection between the two is well-established”<sup>11</sup>. Le stesse agenzie internazionali sono oramai persuase che tali fenomeni possano agire come amplificatori di vulnerabilità già presenti<sup>12</sup>

---

University Press, 2012; J. McAdam, *Swimming Against The Tide: Why A Climate Change Displacement Treaty Is Not The Answer*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 1; J. Morrissey, *Rethinking the “Debate on Environmental Refugees”: From “Maximalists and Minimalists” to “Proponents and Critics”*, in *Journal of Political Ecology*, 19, 2012, pp. 36-49; E. Piguet e F. Laczko, *People on the Move in a Changing Climate. The Regional Impact of Environmental Change on Migration*, Springer Dordrecht Heidelberg New York London, 2014; A. Thomas, *Recommendations for Integrated Approaches to Avert, Minimize and Address Displacement related to the Adverse Impact of Climate Change: Integrating Climate Displacement Risk into National Law and Policies*, 11 maggio 2018.

<sup>8</sup> United Nations, *Slow onset events. Technical Paper*, FCCC/TP/2012/7, 26 novembre 2012.

<sup>9</sup> IDMC, *GRID 2019: Global Report on Internal Displacement*, 2019, p. 73.

<sup>10</sup> IDMC, *Addressing Internal Displacement In The Context Of Climate Change*, 2017, p. 6. Per un quadro del fenomeno in questione si rinvia a D. Ionesco, D. Mokhnacheva e F. Gemenne, *The Atlas Of Environmental Migration*, Routledge, 2017, <http://environmentalmigration.iom.int/projects/atlas-environmental-migration>.

<sup>11</sup> W. Kälin e N. Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, *Legal and Protection Policy Research Series*, Division of International Protection United Nation High Commissioner for Refugees, Ginevra, 2012, p. 7.

<sup>12</sup> IPCC, *Special Report: Global Warming of 1.5°C, Impacts of 1.5°C of Global Warming on Natural and Human Systems*, 2018. Sulla nozione di vulnerabilità in ambito migratorio si rinvia a Global Migration Group,

determinando spostamenti di persone<sup>13</sup> e andando a detrimento di diritti umani fondamentali, tra gli altri il diritto alla vita, alla salute, al cibo, all'acqua e ad un alloggio<sup>14</sup>. Il Consiglio per i diritti umani delle NU ha fatto propria una lettura intersezionale della questione qui discussa in base alla quale “the adverse effects of climate change are felt most acutely by individuals or segments of the population that are already in vulnerable situations owing to factors such as geography, poverty, gender, age, indigenous or minority status, national or social origin, birth or other status and disability”<sup>15</sup>. È d'uopo precisare che nella gran parte dei casi gli spostamenti avvengono all'interno dei confini statali, e in tal caso si parla di sfollati interni; rispetto a detta categoria di persone l'ordinamento internazionale si è dotato di specifici strumenti<sup>16</sup>, che non costituiscono oggetto di approfondimento del presente lavoro. Laddove vengano attraversate le frontiere, la migrazione avviene generalmente verso paesi limitrofi al proprio – Paesi a basso o medio reddito – e solo in percentuale minima verso Paesi del cosiddetto Nord del mondo<sup>17</sup>. Ad ogni modo gli scenari sono molteplici, giacché possono derivare da una combinazione di

---

*Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*, 2017. Sulla vulnerabilità nel contesto ambientale e climatico cfr. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, *Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps*, 18 giugno–6 luglio 2018; IDMC, *Addressing Internal Displacement*, cit., p. 13. Tra le persone più vulnerabili ai fenomeni oggetto del presente lavoro vi sono, secondo l'IDMC, le donne, i bambini, i disabili, i popoli indigeni, le comunità rurali e pastorizie. Cfr. IDMC, *Addressing Internal Displacement*, cit., pp. 17-18. Sul paradigma sociale, secondo cui bisogna leggere congiuntamente fenomeni ambientali e vulnerabilità, si rinvia più diffusamente a M. Scott, *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 13 ss. Si veda anche R.M. Baratti, *Vulnerabilità socioambientali e migrazioni*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2/2021, pp. 411-434.

<sup>13</sup> IDMC, *Addressing Internal Displacement*, cit., p. 5. IPCC, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation And Vulnerability – Summary for Policy Makers (Working Group II Contribution to the Fifth Assessment Report of the IPCC)*, 2014; Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants to the General Assembly, UN Doc A/67/299, 13 agosto 2012, para. 17.

<sup>14</sup> Cfr. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights. Summary, UN Doc. A/HRC/10/61 del 15 gennaio 2009, punto 18; Human Rights Council, *Resolution adopted by the Human Rights Council on 22 June 2017*, UN Doc. A/HRC/RES/35/20 del 7 luglio 2017, Preambolo.

<sup>15</sup> UN Human Rights Council Resolution on Human Rights and Climate Change, 30 June 2015, UN Doc. A/HRC/29/L.21.

<sup>16</sup> OCHA, *Guiding Principles on Internal Displacement*, settembre 2004; UNHCR, *Guidance Package for UNHCR's Engagement in Situations of Internal Displacement*, 2019, reperibile al link [www.refworld.org/pdfid/5d8335814.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/5d8335814.pdf); African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), adottata il 23.10.2009 ed entrata in vigore il 6.12.2012. Cfr. anche The Peninsula Principles On Climate Displacement Within States, adottati il 18 agosto 2013, reperibili al link <http://displacementsolutions.org/wp-content/uploads/2014/12/Peninsula-Principles.pdf>.

<sup>17</sup> [www.unhcr.org/refugee-statistics](http://www.unhcr.org/refugee-statistics).

fattori diversi, possono riguardare spostamenti temporanei o permanenti, e risentono di variabili eterogenee<sup>18</sup>. Proprio alla luce di tali considerazioni, anche i regimi di *governance* applicabili con riguardo alla mobilità umana sono plurimi. Nella presente indagine si farà riferimento al regime internazionale di protezione dei diritti umani, al quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico e al diritto dell'immigrazione e dell'asilo<sup>19</sup>.

Una precisazione è d'obbligo. La ricerca sulla terminologia da utilizzare per riferirsi alle persone che si spostano nel contesto di eventi di natura ambientale o climatica non è pervenuto, fino a questo momento, ad una soluzione univoca. Nonostante la crescente attenzione da parte delle agenzie internazionali, i mezzi di informazione, l'Accademia e la società civile, il dibattito intorno alla questione oggetto del presente lavoro rimane caratterizzato da incongruenze, ambiguità e difficoltà di classificazione. L'originaria espressione "rifugiati ambientali"<sup>20</sup>, coniata dalla dottrina e ampiamente utilizzata dai mass media e dalla società civile, non ha incontrato il favore dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR)<sup>21</sup> e dell'Organizzazione mondiale delle migrazioni (OIM), che ha proposto invece quella di "migranti ambientali"<sup>22</sup>. Come si vedrà più avanti, infatti, non si ritiene che le persone che si spostano in seguito a disastri, effetti del cambiamento climatico o del degrado ambientale possano aspirare, di norma, allo status di rifugiato<sup>23</sup>. In dottrina e nei documenti delle organizzazioni internazionali si incontrano ulteriori espressioni quali "sfollati per motivi ambientali"<sup>24</sup> o climatici o anche "migrazione

<sup>18</sup> W. Kälin e N. Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders*, cit.

<sup>19</sup> In dottrina si rinvia a J. McAdam, *Environmental Migration Governance*, 2009.

<sup>20</sup> E. El-Hinnawi, *Environmental Refugees*, United Nations Environment Program (UNEP), New York, 1985, p. 1.

<sup>21</sup> Espressione che non incontra, peraltro, il favore dell'UNHCR, *Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement: A UNHCR Perspective*, 14 agosto 2009, p. 8 e *Key Concepts on Climate Change and Disaster Displacement*, giugno 2017, p. 3.

<sup>22</sup> <https://environmentalmigration.iom.int/#home>.

<sup>23</sup> Sul dibattito relativo alla terminologia e alle distorsioni che ne derivano si rinvia a G. Bettini, *Climate barbarians at the gate? A critique of apocalyptic narratives on "climate refugees"*, in *Geoforum*, 2013, p. 63; G. Bettini, S. L. Nash e G. Gioli, *One step forward, two steps back? The fading contours of (in)justice in competing discourses on climate migration*, in *The geographical journal*, vol. 183, issue 4, 2017, p. 348 ss. I. Boas, *Climate Migration and Security. Securitisation as a Strategy in Climate Change Politics*, Routledge, 2015.

<sup>24</sup> R. Zetter, *Protecting environmentally displaced people: developing the capacity of legal and normative frameworks*, Refugee Studies Centre, <https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/protecting-environmentally-displaced-people-developing-the-capacity-of-legal-and-normative-frameworks>.

indotta dai problemi ambientali”<sup>25</sup>. Nel presente lavoro si preferirà l’espressione migrazioni connesse con fenomeni ambientali o climatici proprio per prendere le distanze da una definizione deterministica del fenomeno oggetto di esame.

Alla luce della breve premessa di cui sopra, ci si propone di indagare il rilievo attribuito alla mobilità umana nell’ambito del sistema internazionale di tutela dei diritti umani, nel quadro delle Nazioni Unite di lotta al cambiamento climatico e nel regime internazionale di protezione dei migranti e dei rifugiati.

Il punto di partenza dell’analisi sarà il regime di protezione dei diritti umani e la storica decisione<sup>26</sup> *Teitiota*<sup>27</sup>, poiché ci sembra che in essa sia presente un monito che sintetizza la complessità della questione oggetto del presente lavoro e che chiama in causa la responsabilità internazionale di fronte al cambiamento climatico e al degrado ambientale. Gli spostamenti connessi a tali fenomeni diverranno infatti inevitabili se non verranno adottate strategie adeguate per prevenire o mitigare gli effetti che derivano dagli stessi<sup>28</sup>.

## 2. Il regime internazionale di protezione dei diritti umani.

Negli ultimi decenni nel quadro delle Nazioni Unite è stato evidenziato sempre più di frequente il collegamento tra fenomeni ambientali e climatici e il rispetto dei diritti umani, in special modo di categorie considerate vulnerabili come i minori, le donne, le popolazioni indigene. A partire dalla risoluzione del 2008 del Consiglio dei diritti umani<sup>29</sup>, in cui il cambiamento climatico viene indicato come una minaccia globale, che in quanto tale richiede una soluzione globale, e che prevedeva la pubblicazione di uno studio sul collegamento tra tale fenomeno e la mobilità umana, si sono moltiplicate le prese di posizione degli organi e agenzie dell’ONU su tale tematica. Pur non avendo questo contributo la pretesa di una ricostruzione puntuale dei documenti adottati, si vuole

<sup>25</sup> Cfr., tra le altre, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L’approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, COM(2011) 743 definitivo, 28.11.2011.

<sup>26</sup> Seppure le constatazioni del Comitato per i diritti umani non siano dotate di valore giuridico obbligatorio nel presente scritto vi si riferirà con il termine *decisione*.

<sup>27</sup> Comitato per i diritti umani, *Ioane Teitiota c. Nuova Zelanda*, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 gennaio 2020.

<sup>28</sup> IDMC, *Addressing Internal Displacement*, cit., p. 7.

<sup>29</sup> Human Rights Council, Resolution 7/23, *Human rights and climate change*, del 28 marzo 2008.

evidenziare che sin dal primo rapporto pubblicato<sup>30</sup> veniva posta attenzione sugli effetti del cambiamento climatico sull'esercizio dei diritti umani fondamentali, che subiscono delle limitazioni significative, soprattutto in alcune aree geografiche. Da subito, inoltre, si prendeva atto che "The effects of climate change will be felt most acutely by those segments of the population who are already in vulnerable situations due to factors such as poverty, gender, age, minority status, and disability" e alla luce di ciò venivano individuati quali gruppi vulnerabili le donne, i bambini e le popolazioni indigene<sup>31</sup>. La criticità su cui si soffermano i documenti summenzionati era quella del vuoto di protezione per le persone che volontariamente o forzatamente attraversano il confine statale, poiché, se in quanto esseri umani continuano a beneficiare di tutti i diritti fondamentali, nondimeno, lasciando il territorio statale, perdono la tutela dello Stato di appartenenza e non acquisiscono il diritto di fare ingresso e soggiornare nel territorio di un altro Stato, che conserva la propria sovranità al riguardo. Come avremo modo di verificare, questa costituisce ancora una problematica irrisolta, poiché non è stato definito a livello internazionale un regime di regolamentazione e di protezione per coloro che si spostano nel contesto del degrado ambientale e del cambiamento climatico.

Con il tempo le analisi delle Nazioni Unite si sono fatte più strutturate e complesse, hanno preso in considerazione la vulnerabilità *personale* e *situazionale* delle persone colpite dagli effetti del cambiamento climatico, hanno evidenziato che «Although climate change poses unique threats, the risks faced by persons moving because of climate change are similar to those faced by all migrants in vulnerable situations who are unable to have access to safe, affordable and regular migration pathways» e che le politiche di chiusura degli Stati aumentano il rischio anche per le persone in questione<sup>32</sup>. Tuttavia, non bisogna porsi nei confronti delle stesse come se fossero solamente vittime, poiché «do not necessarily lack

---

<sup>30</sup> Human Rights Council, *Annual Report Of The United Nations High Commissioner For Human Rights And Reports Of The Office Of The High Commissioner And The Secretary-General*, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights, UN Doc. A/HRC/10/61, 15 gennaio 2019.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>32</sup> Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, *Addressing human rights protection gaps in the context of migration and displacement of persons across international borders resulting from the adverse effects of climate change and supporting the adaptation and mitigation plans of developing countries to bridge the protection gaps*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/38/21, 23 aprile 2018, p. 6.

resilience or agency»<sup>33</sup>. Anche in assenza di norme ad hoc per la tutela giuridica di coloro che si spostano nel contesto del cambiamento climatico e del degrado ambientale, è stata richiamata l'applicabilità dei trattati internazionali sui diritti umani, in special modo del Patto sui diritti civili e politici.

Degno di nota altresì che con il tempo l'approccio alla mobilità collegata a fenomeni ambientali e climatici si sia regionalizzato e siano state prese in considerazione specifiche situazioni, quali quelle degli Stati insulari destinati, secondo le evidenze scientifiche, ad essere sommersi, del Bangladesh, del Corno d'Africa e del Sahel. Rispetto alla prima area richiamata non è possibile trascurare il meritorio lavoro svolto dal Comitato *International Law And Sea Level Rise* istituito nell'ambito dell'*International Law Association* (ILA)<sup>34</sup>, di cui è atteso il primo report<sup>35</sup>, e dal working-group della Commissione di Diritto internazionale su *Sea-level rise in relation to international law*<sup>36</sup>.

### 2.1. La decisione *Teitiota* del Comitato per i diritti umani.

Con la decisione adottata il 24 ottobre 2019 e resa pubblica il 7 gennaio 2020, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, organo di controllo istituito dal Patto sui diritti civili e politici, ha ritenuto applicabile il principio di *non-refoulement* nel caso in cui il rischio per la vita della persona, protetta dall'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici, sia collegato ad una situazione di indigenza dovuta ai cambiamenti climatici. Più in generale, e tale aspetto appare particolarmente rilevante, il suddetto organo ha richiamato la Comunità internazionale all'obbligo di collaborare per affrontare efficacemente detti fenomeni e le conseguenze che ne derivano anche in termini di mobilità umana. Seppure alle decisioni del Comitato non possa essere riconosciuta portata giuridica obbligatoria, nondimeno si tratta di indirizzi di elevato valore politico.

L'interpretazione estensiva del principio di *non-refoulement* operata dal Comitato nel caso

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

<sup>35</sup> International Law Association. Lisbon Conference (2022), *International Law and Sea level rise. Report*, in corso di pubblicazione al sito [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org). Si veda la *Resolution 5/2018. Committee On International Law And Sea Level Rise*, 19-24 agosto 2018, file:///D:/Downloads/Conference%20Resolution%20Sydney%202018%20English..pdf.

<sup>36</sup> [https://legal.un.org/ilc/guide/8\\_9.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml). In argomento si rinvia a M. Marchegiani, *The implications of sea-level rise for international law*, in *QIL, Zoom-out*, 91, 2022, pp. 1-4.



oggetto d'esame è stata accolta con entusiasmo dalle O.O.I.I.<sup>37</sup>, dalla società civile<sup>38</sup> ed altresì da una parte della dottrina<sup>39</sup>, che ne hanno evidenziato la portata dirompente rispetto all'attuale dibattito sulle migrazioni correlate a fenomeni climatici e ambientali e alle prospettive che ne derivano.

Seppure la decisione non sia scevra da criticità<sup>40</sup>, è degno di nota che il Comitato, unico tra gli organi di controllo istituiti da trattati internazionali sui diritti umani, si sia fatto promotore di una posizione d'avanguardia rispetto alle richieste di asilo presentate da persone costrette a lasciare il Paese di origine nel contesto delle conseguenze del cambiamento climatico, del degrado ambientale o dei disastri, naturali o indotti dall'uomo<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> OHCHR, *Historic UN Human Rights case opens door to climate change asylum claims*, 21 gennaio 2020; UNHCR, *UN Human Rights Committee decision on climate change is a wake-up call, according to UNHCR*, 24 gennaio 2020.

<sup>38</sup> Amnesty International, *UN landmark case for people displaced by climate change*, 20 gennaio 2020.

<sup>39</sup> B. Behlert, *A Significant Opening. On the HRC's Groundbreaking First Ruling in the Case of a "Climate refugee"*, in Voelkerrechtsblog, 30 gennaio 2020; J. McAdam, *Climate Refugees Cannot Be Forced Back Home*, in *The Sydney Morning Herald*, 20 gennaio 2020; L. Shuetze, *A Groundbreaking Ruling on Climate Refugees Puts the World on Notice*, in *The Spinoff*, 2020.

<sup>40</sup> Come evidenziato da numerosi studiosi; tra gli altri: S. Behrman e A. Kent, *The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework*, in *QIL-Questions Intl L*, 75, 2020, p. 25; A. Brambilla e M. Castiglione, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, 14 febbraio 2020; M. Courtoy, *An Historic Decision for 'Climate Refugees'? Putting It into Perspective*, in *Cahiers de l'EDM*, 25 marzo 2020; M. Cullen, *The UN Human Rights Committee's Recent Decision On Climate Displacement*, <https://www.asyluminsight.com>, febbraio 2020; L. Imbert, *Premiers éclaircissements sur la protection internationale des «migrants climatiques»*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, <https://journals.openedition.org/revdh/9262>; A. Maneggia, *Nonrefoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or 'Responsibility to Protect'? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 635; Le Moli, *The Human Rights Committee, Environmental Protection and the Right to Life*, *ICLQ*, 69, 2020, p. 735; G. Reeh, *Climate Change in the Human Rights Committee*, in *EJIL:Talk!*, 18 febbraio 2020; V. Rive, *Is an Enhanced Non-refoulement Regime under the ICCPR the Answer to Climate Change-related Human Mobility Challenges in the Pacific? Reflections on Teitiota v New Zealand in the Human Rights Committee*, *QIL-Questions Intl L*, 75, 2020, p. 7; M. Scott, *Migration/Refugee Law (2019)*, 2 *YB Intl Disaster L*; J.H. Sendut, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations Under International Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 6 febbraio 2020.

<sup>41</sup> Sulla decisione in esame cfr. A. Brambilla e M. Castiglione, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, 14 febbraio 2020, [www.asgi.it](http://www.asgi.it); G. Citroni, *Human Rights Committee's decision on the case Ieoane Teitiota v New Zealand: Landmark or will-o'-the-wisp for climate refugees?*, in *Questions of International Law*, 75, 2020, pp. 1-5; E. Delval, *From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law?*, 8 aprile 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/>; S. Domaine, *Cambiamenti climatici e diritti umani: il divieto di refoulement in Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Federalismi.it*, 27 luglio 2020; M. Ferrara, *Looking Behind Teitiota V. New Zealand Case: Further Alternatives Of Safeguard For "Climate Change Refugees" Under The Iccpr And The Echr?*, in G. Cataldi, A. Del Guercio e A. Liguori (a cura di), *Migration And Asylum Policies Systems Challenges And Perspectives*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 291 ss.; F. Maletto, *Non-refoulement e cambiamento climatico: il caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Sidiblog*, 23 marzo 2020; A. Maneggia, *Non-refoulement of climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or Responsibility to Protect? The Teitiota Case before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2020, p. 635 ss.; J.



### 2.1.1. I fatti all'origine della comunicazione.

Il caso in esame ha avuto origine dalla comunicazione presentata dal signor Teitiota, cittadino della Repubblica di Kiribati, uno dei cc.dd. *disappearing States* destinati a divenire inabitabili entro il 2050<sup>42</sup>, che con la moglie, nel maggio 2012, si era trasferito in Nuova Zelanda, abbandonando l'isola di Tarawa in cui viveva<sup>43</sup>. Il ricorrente, non essendo riuscito a rinnovare il visto per lavoro, aveva presentato richiesta di asilo<sup>44</sup>, sostenendo che il cambiamento climatico e l'innalzamento del livello del mare avevano sottratto terre coltivabili e salinizzato i pozzi d'acqua dolce dell'isola di Tarawa, rendendo instabile e precaria la situazione degli abitanti e determinando finanche conflitti tra gli stessi.

La richiesta di asilo del ricorrente era stata respinta sia in sede amministrativa sia giurisdizionale e nel 2015 lo stesso era stato rimpatriato insieme alla moglie e ai due bambini, nati nel frattempo dalla coppia, nessuno dei quali aveva beneficiato della cittadinanza neozelandese a causa della condizione di irregolarità dei genitori. Ad avviso dell'*Immigration and Protection Tribunal* (d'ora in avanti, Tribunale per l'immigrazione) neozelandese, la cui posizione è stata confermata in appello e in ultima istanza dalla Corte suprema, seppure non possa escludersi che il degrado ambientale vada a determinare «pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction» (par. 2.2 della

---

McAdam, *Climate refugees cannot be forced back home*, 20 gennaio 2020, <https://www.smh.com.au/environment/climate-change/climate-refugees-cannot-be-forced-back-home-20200119-p53sp4.html>; Y. McCullough, *Govt focus on mitigating climate change, not climate refugees*, 21 gennaio 2020, <https://www.rnz.co.nz/news/national/407817/govt-focus-on-mitigating-climate-change-not-climate-refugees>; J.H. Sendut, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations Under International Human Rights Law*, 6 febbraio 2020, reperibile su <https://www.ejiltalk.org>.

<sup>42</sup> Che, secondo le stime, diverranno inabitabili entro il 2050, con le popolazioni che si convertiranno nei primi reali rifugiati climatici. Cfr. N. MacFarquhar, *Refugees Join List of Climate-Change Issues*, *New York Times*, 29 maggio 2009, [www.nytimes.com/2009/05/29/world/29refugees.html?\\_r=1&pagewanted=print](http://www.nytimes.com/2009/05/29/world/29refugees.html?_r=1&pagewanted=print); J. Bon e R. Pagnamenta, *We are Sinking, Say Islanders, but There is Still Time to Save the World*, *The Times*, 23 settembre 2009, [www.timesonline.co.uk/tol/news/environment/article6845261.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/news/environment/article6845261.ece); R. Callick, *Don't Desert Us, Say Sinking Pacific Islands*, *The Australian*, 30 luglio 2009, [www.theaustralian.com.au/news/dont-desert-us-say-sinking-pacific-islands/story-0-1225756097220](http://www.theaustralian.com.au/news/dont-desert-us-say-sinking-pacific-islands/story-0-1225756097220); J. Lateu, *That Sinking Feeling: Climate Refugees Receive Funds to Leave Islands*, *New Internationalist*, marzo 2008, [www.newint.org/columns/currents/2008/03/01/climate-change/](http://www.newint.org/columns/currents/2008/03/01/climate-change/). Cfr. Anche <https://www.climatehotmap.org/global-warming-locations/republic-of-kiribati.html>.

<sup>43</sup> Per la ricostruzione giornalistica dei fatti si rinvia a <https://foreignpolicy.com/2015/01/28/the-making-of-a-climate-refugee-kiribati-tarawa-teitiota/>.

<sup>44</sup> Per un'approfondita analisi giuridica dei passaggi precedenti alla decisione si rinvia a S Behrman e A Kent, *op. cit.*

decisione del Comitato), e pur riconoscendo la problematicità della situazione che si registra nell'isola di Tarawa, caratterizzata dall'erosione delle coste, dalla carenza di terreni fertili anche a causa del sovraffollamento, dall'inquinamento, dalla scarsità di acqua potabile e dal peggioramento delle condizioni di salute della popolazione, nondimeno non può non riconoscersi l'impegno del governo della Repubblica di Kiribati nell'affrontare tali problematiche. Infatti, nel 2007 il suddetto governo ha adottato il *National Adaptation Programme of Action* ai sensi della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change*, UNFCCC), dimostrando in tal modo, secondo i giudici neozelandesi, di voler intraprendere tutte le azioni necessarie a contrastare il cambiamento climatico e a sostenere la popolazione nella ricerca di strategie di mitigazione, adattamento e resilienza<sup>45</sup>. Peraltro, da una consulenza richiesta dallo stesso Tribunale per l'immigrazione era emerso che, sebbene il sovraffollamento dell'isola di Tarawa avesse determinato una situazione di eccessiva pressione sulle risorse idriche, ittiche e sui terreni coltivabili, oltre che sui servizi sanitari e sulla fornitura di energia elettrica, nondimeno il 60% della popolazione continuava ad avere accesso all'acqua potabile e non mancavano alternative per procacciarsi i mezzi di sostentamento.

Il Tribunale neozelandese ha esaminato la situazione denunciata dal ricorrente sia alla luce del regime internazionale di protezione dei rifugiati, sia alla luce degli standard sui diritti umani, giungendo alla conclusione che «in many cases the effects of environmental change and natural disasters will not bring affected persons within the scope of the Refugee Convention» (punto 2.8 della decisione). Il caso del sig. Teitiota ne costituisce un esempio, dal momento che non è riscontrabile un rischio reale di persecuzione nei confronti dello stesso, che non è stato vittima di dispute per la terra, in seguito al rimpatrio avrebbe avuto la possibilità di trovare una sistemazione per sé e per la propria famiglia, non ha dimostrato di poter incontrare ostacoli nell'accesso all'acqua potabile e ha ammesso che la propria situazione non era differente da quella in cui si versano gli altri abitanti dell'arcipelago di Kiribati. Alla luce di tali elementi, il Tribunale ha ritenuto che il ricorrente non potesse definirsi *rifugiato* ai sensi della Convenzione di Ginevra.

---

<sup>45</sup> Per la definizione di *resilienza* nell'ambito oggetto nel quadro della lotta al cambiamento climatico e della riduzione del degrado ambientale e dei disastri naturali si rinvia a United Nations Office for Disaster Risk Reduction (UNISDR), *2009 UNISDR Terminology on Disaster Risk Reduction*, Geneva, maggio 2009.

Venendo alla contestata violazione dell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici, i giudici neozelandesi hanno evidenziato che il governo della Repubblica di Kiribati non può essere ritenuto inadempiente rispetto agli obblighi positivi che derivano dalla suddetta disposizione, tenuto conto dell'impegno dello stesso nella lotta al cambiamento climatico. Ancora, ad avviso dei giudici, che richiamano la decisione del Comitato per i diritti umani *Aalbersberg et al. C. Paesi Bassi*<sup>46</sup>, il sig. Teitiota non ha dimostrato l'imminenza del pericolo cui andrebbe incontro in seguito al rimpatrio. Il rischio di subire una privazione arbitraria della vita in violazione all'art. 6 del Patto non raggiunge la soglia minima necessaria per rendere detta disposizione applicabile poiché non va oltre la *congettura*, non essendo stato dimostrato che le condizioni di vita a Kiribati siano nell'immediato talmente precarie per il richiedente e la sua famiglia da metterne in pericolo l'esistenza.

La posizione del Tribunale per l'immigrazione veniva confermata altresì negli altri gradi di giudizio; il 15 settembre 2015 al sig. Teitiota e alla sua famiglia veniva notificato un provvedimento di espulsione, attuato lo stesso mese.

Ad ogni modo le autorità neozelandesi – come quelle australiane –, pur ammettendo che in linea di principio le motivazioni addotte dai richiedenti possano potenzialmente costituire la base per il riconoscimento di una forma di protezione, hanno tuttavia sempre rigettato le domande di asilo giustificate in ragione dell'impatto del cambiamento climatico sulla propria condizione socio-economica<sup>47</sup>. Come evidenziato dal Tribunale per l'immigrazione neozelandese, infatti, «no hard and fast rules or presumptions of non-applicability exist. Care must be taken to examine the particular features of the case» (par. 2.8 della decisione). Ed è proprio sulla base degli elementi ricavabili dal caso sottoposto alla sua attenzione che il suddetto organo ha ritenuto, come si è visto, che il ricorrente e la sua famiglia potessero essere allontanati in condizioni di sicurezza.

Il sig. Teitiota, una volta rimpatriato, decide di rivolgersi al Comitato per i diritti umani, sostenendo che con l'espulsione il governo neozelandese ha messo a rischio la sua vita e

<sup>46</sup> Comitato per i diritti umani, *Aalbersberg et al. c. Paesi Bassi*, com. n. 1440/2005, decisione del 14 agosto 2006.

<sup>47</sup> E. Fornalé, *Floating Rights In Times Of Environmental Challenges*, in G. Cataldi, M. Corleto, M. Pace (eds.), *Migrations and Fundamental Rights: the way forward*, Editoriale Scientifica Napoli, 2019, pp. 183-200, in part. p. 193; G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2021, p. 645, dove si legge che dal 2000 sono stati presentati almeno trenta casi in cui a rilevare sono disastri, cambiamento climatico e degrado ambientale ma che nessuno è stato accolto; J. McAdam, *The emerging New Zealand jurisprudence on climate change, disasters and displacement*, in *Migration Studies*, Volume 3, Issue 1, 2015, pp. 131 ss.

quella della sua famiglia, in ragione della scarsità di spazio abitabile nell'isola di Tarawa, che determina scontri tra la popolazione; e del degrado ambientale, inclusa la salinizzazione delle acque. Ad essere contestata è dunque la violazione dell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici, non dell'art. 7 (divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti), e nello specifico l'appropriatezza della valutazione svolta dalle autorità neozelandesi.

### 2.1.2. L'analisi nel merito e le constatazioni del Comitato.

Prima di entrare nel merito dell'esame del caso da parte del Comitato per i diritti umani, si vuole rammentare che il Patto sui diritti civili non prevede il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, né il diritto di asilo, tanto meno un divieto espresso di allontanamento. Non contempla, inoltre, il diritto di asilo. Tuttavia, analogamente a quanto è avvenuto nel sistema di protezione istituito dalla Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in avanti, CEDU)<sup>48</sup>, il principio di non respingimento è stato ricavato in via interpretativa a partire da alcune disposizioni convenzionali, nello specifico gli artt. 6 e 7 del Patto<sup>49</sup>. Formulato per la prima volta nel Commento generale n. 20 del 1992<sup>50</sup>, il principio di *non-refoulement* è stato poi ribadito nel Commento generale n. 31 del 2004<sup>51</sup>: corollario degli obblighi di cui all'art. 2 è il divieto «not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed»<sup>52</sup>. Il principio di non

<sup>48</sup> Rispetto al quale sia consentito rinviare al nostro *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 139 ss., e bibliografia ivi indicata.

<sup>49</sup> Comitato per i diritti umani, *Kindler c. Canada*, com. n. 470/91, decisione dell'11 novembre 1993. In dottrina si rinvia a S. Joseph e M. Castan, *The International Covenant On Civil And Political Rights, Cases, materials and Commentary*, Third Edition, Oxford University Press, 2013, p. 203; C.W. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Intersentia, Leiden, 2009.

<sup>50</sup> *General Comment No. 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 marzo 2004.

<sup>51</sup> *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30 ottobre 2018. Sulla natura di tali documenti si rinvia a S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant*, cit., p. 17.

<sup>52</sup> *General Comment n. 31*, par. 12 e del *General Comment n. 36*, par. 30.

respingimento ricavato dal dettato pattizio ha portata più estesa dell'analogo divieto contemplato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, dal momento che trova applicazione anche nei confronti di persone che non possono essere qualificate come rifugiati (par. 9.3 della decisione). Nondimeno è doveroso precisare che, affinché il rischio di un danno irreparabile sia dimostrato, deve essere soddisfatto un onere della prova particolarmente elevato, come tra l'altro emerge dalla decisione in esame, e ciò spiega l'esiguo numero di casi in cui è stata riscontrata la violazione del dettato convenzionale in seguito all'allontanamento del ricorrente<sup>53</sup>.

Dall'art. 6 del Patto derivano anche *obblighi positivi* a carico degli Stati contraenti, i quali sono «under a *due diligence obligation* to undertake reasonable *positive measures*»<sup>54</sup>, in special modo nei confronti delle persone in condizione di vulnerabilità, quali sfollati, richiedenti asilo e rifugiati<sup>55</sup>.

Detta disposizione, sostiene ancora il Comitato, deve essere interpretata in maniera estensiva, facendovi ricadere il diritto di vivere «a life with dignity»<sup>56</sup>; esso sottolinea altresì come allo stato attuale tra le più pressanti e gravi minacce al diritto alla vita vadano ricompresi proprio fenomeni quali «environmental degradation, climate change and unsustainable development»<sup>57</sup>, i quali possono compromettere l'esercizio effettivo del diritto alla vita e il benessere della persona<sup>58</sup>. Tali principi hanno trovato collocazione nel Commento generale n. 36, dove si legge che «Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, inter alia, on measures taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors»<sup>59</sup>.

Quando chiamato a pronunciarsi sull'allontanamento di una persona dal territorio di uno Stato contraente, il Comitato va a verificare se la valutazione svolta dalle autorità statali sia

<sup>53</sup> C.W. Wouters, *International legal standards*, cit., p. 395 ss.

<sup>54</sup> General comment No. 36, par. 21, corsivo aggiunto.

<sup>55</sup> Ivi, par. 23, dove si parla di "special measures".

<sup>56</sup> In linea con quanto previsto dal General Comment n. 36.

<sup>57</sup> General comment n. 36, par. 62; le linee-guida contenute nel documento citato hanno trovato applicazione per la prima volta nella decisione *Portillo Cáceres c. Paraguay*, com. n. 2751/2016, decisione del 25 luglio 2019, con la quale il Comitato per i diritti umani ha espressamente sancito l'obbligo per gli Stati di proteggere l'ambiente e l'ha correlato con la tutela dei diritti umani. Sulla decisione si rinvia a G. Reeh, *Human Rights and the Environment: The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect*, 9 settembre 2019, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-environment-the-un-human-rights-committee-affirms-the-duty-to-protect/>.

<sup>58</sup> Cfr. punto 9.5 della decisione *Teitiota*.

<sup>59</sup> General comment No. 36, par. 62.

stata condotta in maniera adeguata, riscontrando la violazione del dettato pattizio laddove la stessa si dimostri arbitraria o qualora abbia prodotto un diniego di giustizia, o anche nel caso in cui gli sforzi delle stesse autorità non siano stati sufficienti<sup>60</sup>.

Venendo al caso *Teitiota*, il Comitato ha innanzitutto verificato l'ammissibilità della comunicazione ai sensi dell'art. 97 del regolamento di procedura, che è stata riscontrata poiché il timore lamentato dal ricorrente con riguardo alle condizioni di vita nell'isola di Tarawa «do not concern a hypothetical future harm, but a real predicament caused by a lack of potable water and employment possibilities, and a threat of serious violence caused by land disputes»<sup>61</sup>.

Entrando nel merito del caso, il suddetto organo ha preso atto delle osservazioni delle autorità neozelandesi, le quali hanno ritenuto credibile la testimonianza del ricorrente ed hanno altresì ammesso la possibilità di riconoscere una forma di protezione in caso di rischio derivante dalle conseguenze del cambiamento climatico e dai disastri naturali. Nondimeno non hanno ritenuto che il ricorrente abbia dimostrato di correre «a risk of an imminent, or likely, risk of arbitrary deprivation of life upon return to Kiribati»<sup>62</sup> (par. 9.6). Il Comitato si sofferma sulle quattro principali doglianze sollevate dal ricorrente che andrebbero a concretizzare un rischio per la sua vita e quella dei suoi familiari: 1) la presenza a Tarawa di conflitti per la terra; 2) la difficoltà di accesso all'acqua potabile; 3) la privazione dei mezzi di sussistenza a causa della salinizzazione del suolo che determina la perdita dei raccolti; 4) il sovraffollamento e il presentarsi sempre più frequenti di inondazioni e rottura degli argini.

Rispetto alla prima questione richiamata, viene evidenziato come il sig. Teitiota non sia mai stato coinvolto direttamente in dispute per il territorio, che peraltro sono sporadiche, di conseguenza non viene a determinarsi un rischio *personale* rispetto a tali circostanze. Né ai fini dell'applicazione del principio di *non-refoulement* risulta rilevante la mera situazione generale del Paese di destinazione, che può costituire oggetto di valutazione solo in «the most extreme cases»<sup>63</sup>, «where there is a real risk of harm simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return, or where the individual in question is in a

<sup>60</sup> Tra le altre, Comitato per i diritti umani, *A.R.J. c. Australia*, com. n. 692/1992, decisione dell'11 agosto 1997.

<sup>61</sup> Cfr. punto 8.5 della decisione *Teitiota*.

<sup>62</sup> Cfr. punto 9.6 della decisione *Teitiota*.

<sup>63</sup> *Teitiota*, par. 9.3.

particularly vulnerable situation», e nessuna delle due ipotesi, secondo il Comitato, viene a configurarsi nel caso di specie<sup>64</sup>. A tal riguardo va rammentato che nella prassi interpretativa del suddetto organo non si è affermato un temperamento della natura personale del rischio in caso di situazioni che riguardano l'intera popolazione o il gruppo di appartenenza<sup>65</sup>, com'è avvenuto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>66</sup>. Il sig. Teitiota non è riuscito a dimostrare di correre un rischio maggiore di quello degli altri abitanti dell'isola. Anche rispetto alla difficoltà di accesso all'acqua potabile, il ricorrente non avrebbe fornito «sufficient information indicating that the supply of fresh water is inaccessible, insufficient or unsafe so as to produce a reasonably foreseeable threat of a health risk that would impair his right to enjoy a life with dignity or cause his unnatural or premature death»<sup>67</sup>. Inoltre, ad avviso del Comitato, le informazioni fornite non consentono di ritenere che dopo il rimpatrio il sig. Teitiota sarebbe andato incontro a indigenza, privazione del cibo e precarietà tali da mettere a repentaglio il diritto alla vita suo e della sua famiglia<sup>68</sup>.

Com'è stato evidenziato, il requisito della natura individuale del rischio rappresenta un ostacolo quasi insormontabile rispetto alla fattispecie oggetto di indagine, poiché gli effetti del cambiamento climatico affliggono generalmente l'intera popolazione – come nel caso della Repubblica di Kiribati – o comunque ampie porzioni della stessa<sup>69</sup>. Invero numerosi studi hanno dimostrato come tale fenomeno non impatti in egual misura su tutti gli abitanti di uno Stato ma che incida con gradazioni variabili in base alle vulnerabilità già presenti: sono donne, bambini, disabili, anziani, popoli indigeni a risentire maggiormente degli eventi ambientali e climatici<sup>70</sup>. Nel caso di specie va notato che l'isola di Tarawa è, tra quelle che compongono l'atollo, la più sovraffollata, che per tale ragioni ci sono scontri tra la popolazione e difficoltà oggettive di accesso alle risorse, patologie diffuse dovute alla

<sup>64</sup> *Teitiota*, par. 9.7.

<sup>65</sup> Cfr., tra le altre, Comitato per i diritti umani, *Jama Warsame c. Canada*, com. n. 1959/2010, decisione del 21 luglio 2011; e più di recente *Fahmo Mohamud Hussein c. Danimarca*, com. n. 2734/2016, decisione del 14 febbraio 2019, in cui il Comitato evidenzia che la situazione della ricorrente non presenta caratteri peculiari rispetto a quella di altre famiglie di rifugiati in Italia.

<sup>66</sup> Corte europea dei diritti umani, *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, ric. n. 8319/07 e 11449/07, sentenza del 28 giugno 2011. Sulla questione sia consentito rinviare al nostro *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 160 ss.

<sup>67</sup> *Teitiota*, par. 9.8.

<sup>68</sup> *Ivi*, par. 9.9.

<sup>69</sup> S. Behrman e A. Kent, *op. cit.*, p. 35.

<sup>70</sup> IDMC, *Addressing Internal Displacement*, cit., pp. 17-18.



scarsità di acqua potabile e un conseguente alto tasso di mortalità infantile. In tali circostanze non si può negare che la famiglia del sig. Teitiota, già estremamente povera, tanto da aver vissuto a lungo in Nuova Zelanda lavorando nei campi, in seguito al rimpatrio si sia trovata esposta in maniera sproporzionata al cambiamento climatico e all'innalzamento dell'oceano. La sopravvivenza quotidiana è stata messa a repentaglio dalla difficoltà di procurarsi l'indispensabile, non avendo più un terreno da coltivare, e la penuria di acqua potabile ha fatto ammalare uno dei figli del ricorrente. Chi scrive non è persuasa che l'estrema indigenza non costituisca una violazione del diritto alla vita, alla quale il ricorrente e la sua famiglia sono esposti in maniera peculiare rispetto al resto della popolazione per le ragioni sopra menzionate.

Merita particolare attenzione l'esame dell'ultima delle doglianze sollevate dal sig. Teitiota, secondo cui la Repubblica di Kiribati diventerà inabitabile nell'arco di dieci-quindici anni a causa dell'innalzamento del livello del mare, dell'erosione delle coste e delle inondazioni. Ad avviso del Comitato, «Both sudden-onset events (such as intense storms and flooding) and slow-onset processes (such as sea level rise, salinization, and land degradation) can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm». Il suddetto organo continua sostenendo che «without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the non-refoulement obligations of sending states. Furthermore, given that the risk of an entire country becoming submerged under water is such an *extreme risk*, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized»<sup>71</sup>. Trattasi, a nostro avviso, del passaggio più significativo della decisione, nel quale si riconosce che indiscutibilmente il cambiamento climatico, in assenza di interventi incisivi da parte degli Stati, andrà a riflettersi sulla condizione di vita delle persone che si trovano in aree particolarmente esposte a fenomeni di degrado ambientale, negando alle stesse una vita dignitosa. Ciò che il Comitato non precisa è il momento da prendere in considerazione per ritenere che il *rischio estremo* venga a concretizzarsi, e che di conseguenza il ricorrente non possa essere espulso dallo Stato in cui ha cercato rifugio, momento che non può certo essere quello in cui l'arcipelago sarà

---

<sup>71</sup> Teitiota, par. 9.11, corsivo aggiunto.

sommerso<sup>72</sup>. Il sig. Teitiota è cittadino di una delle isole maggiormente colpite dall'innalzamento del mare a livello mondiale, ma, ciononostante, il rischio non viene ritenuto, al tempo dell'esame del caso, *imminente*<sup>73</sup>.

Dunque il Comitato ammette che l'innalzamento del livello del mare renderà inabitabile l'arcipelago di Kiribati. Tuttavia ritiene che il governo del Paese, con il supporto della Comunità internazionale, abbia a disposizione del tempo per adottare «affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population» (par. 9.12), come già sta facendo con la predisposizione di strategie di adattamento volte a ridurre la vulnerabilità e rafforzare la resilienza della popolazione al cambiamento climatico.

In conclusione, la valutazione delle autorità neozelandesi non è stata ritenuta né arbitraria né erronea (par. 9.12) e di conseguenza non è possibile riscontrare la violazione del dettato convenzionale, anche tenuto conto degli sforzi profusi dal governo di Kiribati, cui viene attribuito un considerevole rilievo. Malgrado non siano state accolte le doglianze del ricorrente, appare palese il monito del Comitato: laddove gli Stati non mettano in atto misure appropriate per contrastare il cambiamento climatico, come richiesto, tra l'altro, dalla UNFCCC e dall'Accordo di Parigi, gli effetti di tale fenomeno esporranno la persona al rischio di subire la violazione delle situazioni giuridiche soggettive sancite dal dettato pattizio. In tali circostanze non potrà che trovare applicazione il principio di *non-refoulement*.

Si ritiene doveroso sottolineare l'attenzione posta dal Comitato sulla condizione socio-economica del ricorrente, in linea, peraltro, con l'interpretazione estensiva dell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici fornita nel Commento generale n. 31, dove si legge che in assenza di «essential goods and services such as food, water, shelter, health-care, electricity

<sup>72</sup> Nel Commento generale n. 36 si legge che «The right to life is a right which should not be interpreted narrowly. It concerns the entitlement of individuals to be free from acts and omissions that are intended or may be expected to cause their unnatural or premature death, as well as to enjoy a life with dignity» (par. 3). La conclusione nel caso *Teitiota* avrebbe ben potuto essere diversa da quella fatta propria dal Comitato. Sul punto anche S. Behrman e A. Kent, *op. cit.*, p. 33.

<sup>73</sup> Sul punto anche L. Imbert, *op. cit.*, p. 13; E. Delval, *op. cit.*; P. Pustorino, *op. cit.*, p. 604. Per una posizione critica all'utilizzo del concetto di 'imminenza' nella prassi degli organi di controllo internazionali sui diritti umani si rinvia a A. Anderson, M. Foster, H. Lambert e J. McAdam, *Imminence In Refugee and Human Rights Law: A Misplaced Notion for International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 68, n. 1/2019, pp. 111 ss; B. Çalı, C. Costello e S. Cunningham, *Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies*, in *German Law Journal*, 8 aprile 2020; M. Scott, *Climate Change*, cit., p. 134. Sulla condizione di particolare vulnerabilità degli abitanti delle isole del Pacifico si rinvia a M. Cullen, *'Eaten by the Sea' Climate Change and Remote Subnational Minority Communities: A Case Study of the Torres Strait Islands and the Communications Procedure of the UN Human Rights Committee*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2018, pp. 171-193.

and sanitation, and other measures designed to promote and facilitate adequate general conditions such as the bolstering of effective emergency health services, emergency response operations (including fire-fighters, ambulances and police forces) and social housing programs» non può essere garantita alla persona sottoposta alla giurisdizione statale una *vita dignitosa*<sup>74</sup>. In specifiche circostanze il Comitato ha riconosciuto che una condizione di estrema indigenza e precarietà configura la responsabilità statale sotto il profilo della violazione dell'art. 6 del Patto<sup>75</sup>.

Malgrado tale indirizzo, il suddetto organo nel caso di specie è giunto a conclusioni differenti<sup>76</sup>, e ciò appare alquanto discutibile, tenuto conto che la famiglia Teitiota si è ritrovata, in seguito al rimpatrio, in una condizione di estrema privazione degli «essential goods and services» e del peggioramento delle condizioni di salute di uno dei bambini a causa della cattiva qualità dell'acqua potabile. A tal riguardo condividiamo l'opinione dissenziente di Duncan Laki Muhumuza, secondo il quale, nonostante l'impegno del governo di Kiribati, le condizioni ambientali rappresentano un palese ostacolo nell'accesso all'acqua potabile da parte della famiglia del sig. Teitiota. A destare perplessità, nella posizione del Comitato, è l'aver dato per certo l'accesso all'acqua potabile sulla base delle sole affermazioni delle autorità neozelandesi, che a loro volta chiamavano in causa la buona volontà dimostrata dalla Repubblica di Kiribati con la presentazione del Piano nazionale. Va tuttavia fatto notare a tal riguardo che il Comitato non si è accertato in alcun modo che

<sup>74</sup> General Comment n. 31, par. 26. Cfr. altresì le Osservazioni conclusive sulla Democratic People's Republic of Korea (2001), para. 12, e su Israele (2014), para. 12, ed altresì la com. n. 2348/2014, *Toussaint c. Canada*, decisione del 24 luglio 2018, par. 11.3. Sulla dimensione socio-economica dell'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici si rinvia a S. Joseph e M. Castan, *The International Covenant*, cit. Sull'*integrated approach* anche A. Brambilla e M. Castiglione, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, 14 febbraio 2020, [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>75</sup> Comitato per i diritti umani, *Jasin c. Danimarca*, com. n. 2360/2014, decisione del 23 luglio 2015, par. 8.9.

<sup>76</sup> Anche la Corte europea, come il Comitato, si è pronunciata sulla applicazione del principio di *non-refoulement* a fattispecie nelle quali a venire in rilievo erano i diritti economici e sociali (*Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73, del 9 ottobre 1979). Lo ha fatto, in particolare, con riguardo a casi che vedevano l'allontanamento di persone affette da gravi patologie (inter alia, *N. c. Regno Unito*, 26565/05, sentenza del 27 maggio 2008), con degli esiti altalenanti e un iter argomentativo non sempre coerente. Ancora più significativi rispetto all'estensione del principio di *non-refoulement* alle fattispecie in cui la violazione dell'art. 3 CEDU è collegata alla negazione di diritti economici, sociali e culturali sono i casi concernenti l'applicazione del regolamento Dublino (Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013). Cfr. tra le altre *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, sentenza della Grande Camera del 21 gennaio 2011. Sull'argomento si rinvia a V. Flegar, *Vulnerability and the Principle of Non-Refoulement in the European Court of Human Rights: Towards an Increased Scope of Protection for Persons Fleeing from Extreme Poverty?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2016, pp. 148-169, in part. p. 157.

l'accesso all'acqua potabile fosse garantito in maniera effettiva<sup>77</sup>.

Inoltre non si è persuasi che la condizione in cui si sono venuti a trovare i figli del sig. Teitiota in seguito al rimpatrio non possa essere considerata di particolare vulnerabilità e, dunque, non essere sufficiente per riscontrare la violazione dell'art. 6 del Patto. Trattasi di due minori, dunque vulnerabili in ragione dell'età, che sono andati incontro ad una condizione di indigenza e finanche a diverse patologie in ragione della cattiva qualità dell'acqua dell'isola di Kiribati. Nondimeno va preso atto che la comunicazione al Comitato per i diritti umani è stata presentata dal sig. Teitiota solo a suo nome e non per conto della moglie e dei figli. È ragionevole domandarsi se la valutazione avrebbe potuto avere un esito differente se il ricorso fosse stato presentato anche per conto dei due figli minorenni<sup>78</sup> e chiamando in causa, oltre all'art. 6 del Patto, anche l'art. 7.

Si condivide altresì la critica all'iter argomentativo del Comitato, che ha analizzato ciascuno dei quattro rischi autonomamente l'uno dall'altro, rendendo di fatto al ricorrente proibitivo soddisfare l'elevato onere della prova richiesto nel caso di specie, quando invece sarebbe stata più opportuna una lettura cumulativa dei motivi della doglianza, secondo lo standard applicabile nel regime internazionale di protezione dei rifugiati<sup>79</sup>. Dunque il

<sup>77</sup> Secondo le due opinioni dissenzienti che accompagnano la decisione *Teitiota* l'onere della prova applicato nel caso di specie è eccessivamente elevato. Secondo Vasilka Sancin incombeva sulle autorità statali dimostrare che l'accesso all'acqua potabile era garantito in modo effettivo al ricorrente e alla sua famiglia; nell'opinione di Duncan Laki Muhumuza, la soglia minima perché potesse essere riscontrata la violazione dell'art. 6 del Patto è stata raggiunta. Entrambi i membri del Comitato concordano sulla circostanza che il sig. Teitiota e la sua famiglia non avrebbero dovuto essere rimpatriati. Sul punto si rinvia alle perplessità espresse da G. Citroni, *op.cit.*, in part. p. 3, che ha tra l'altro evidenziato come l'onere della prova sia stato fatto ricadere totalmente sul ricorrente; e L. Imbert, *op. cit.*, p. 13.

<sup>78</sup> In dottrina è stato sostenuto che l'esito della valutazione in tal caso avrebbe potuto essere differente. Cfr. J. McAdam, *Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-refoulement*, in *American Journal of International Law*, 4, 2020, pp. 708-725, in part. p. 716-717; E. Sommario, *When climate change and human rights meet: A brief comment on the UN Human Rights Committee's Teitiota decision*, in *QIL, Zoom-in*, n. 77/2021, pp. 51-65, p. 62. Sarebbe interessante sollevare il caso dinanzi al Comitato per i diritti del fanciullo, ad avviso del quale lo sviluppo dei minori può essere realizzato solamente se vengono garantiti il diritto alla salute, ad una alimentazione adeguata alla sicurezza sociale, ad uno standard di vita dignitoso e ad un ambiente sano. Cfr. General Comment n. 7, *Implementing child rights in early childhood*, 20 settembre 2006. Tra l'altro nell'ordinamento internazionale si sta affermando una specifica attenzione per il superiore interesse del minore nell'ambito della lotta al cambiamento climatico. Cfr. a tal riguardo *UN child rights committee voices support for children campaigning on climate change*, 27 settembre 2019, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2019/09/un-child-rights-committee-voices-support-children-campaigning-climate-change>; ed anche *Joint Statement on "Human Rights and Climate Change"*, cit. In dottrina si rinvia a E. Fornalé, *Climate change inaction and children rights*, in *JURIST – Academic Commentary*, febbraio 2022; F. Ippolito, *The best interests of the child: Another string to the environmental and climate protection bow?*, in *QIL, Zoom-out* 89, 2022, pp. 7-27; A. Liguori, *Cambiamento climatico e diritti umani dinanzi al Comitato dei diritti del fanciullo*, in *La Comunità internazionale*, 1, 2022, p. 117-133.

<sup>79</sup> J. McAdam, *Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change*, cit., p. 714.

suddetto organo ha scelto un'interpretazione formalistica dell'applicazione dell'art. 6 del Patto nel caso di specie, rigettando le motivazioni del ricorrente, che, ad avviso di chi scrive, appaiono di una tale gravità da rendere l'espulsione incompatibile con i valori tutelati dalla suddetta disposizione. Pur nella consapevolezza che la comunicazione non è particolarmente sostanziata, desta perplessità che il Comitato non abbia avvertito l'esigenza di approfondire le circostanze concrete dell'isola di Tarawa.

Se le criticità della decisione non possono essere taciute, la posizione del Comitato costituisce nondimeno indubbiamente un'apertura significativa rispetto alle migrazioni collegate ai suddetti fattori. Per la prima volta, infatti, l'ambito di applicazione del divieto di respingimento, nella portata assoluta e inderogabile che ha acquisito nei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani<sup>80</sup>, è stato esteso al di là delle fattispecie contemplate fino a quel momento dagli organi di controllo internazionali, ovvero nel caso in cui il rischio per la vita sia conseguenza del cambiamento climatico, dell'inquinamento e del degrado ambientale<sup>81</sup>, laddove gli Stati non agiscano con *due diligence*<sup>82</sup> in ottemperanza degli obblighi positivi derivanti dal dettato convenzionale. Benché infatti il Comitato faccia riferimento alla giurisprudenza di altri organi di controllo internazionali, tra i quali anche la Corte europea dei diritti umani, per evidenziare l'impatto del degrado ambientale sul benessere e sul diritto alla vita della persona, nondimeno nessun altro organo internazionale di controllo si era spinto a sostenere l'applicabilità del principio di non respingimento nel caso delle migrazioni nel contesto di fenomeni ambientali o climatici<sup>83</sup>. Peraltro il Comitato va a confermare un indirizzo già espresso nel Commento generale n. 36, dove si legge che «environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life»<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Il Comitato ribadisce infatti, anche con riguardo alla fattispecie in esame, che il principio di non respingimento ricavato dall'art. 6 del Patto «may be broader than the scope of the principle of non-refoulement under international refugee law, since it may also require the protection of aliens not entitled to refugee status. Thus, States parties must allow all asylum seekers claiming a real risk of a violation of their right to life in the State of origin access to refugee or other individualised or group status determination procedures that could offer them protection against refoulement» (par. 9.3).

<sup>81</sup> Si veda *Portillo Cáceres v. Paraguay*, cit. Sul punto in dottrina anche E. Sommaro, *op. cit.*, p. 55.

<sup>82</sup> C. Focarelli, *Duty to Protect in Cases of Natural Disasters*, in *Oxford Public International Law*, 2013.

<sup>83</sup> Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si rinvia a A. Saccucci, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. Cataldi, N. Napoletano e A. Caligiuri, *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, Cedam, 2010, pp. 493 ss.

<sup>84</sup> Gen. Com. n. 36, par. 62.

Siamo indubbiamente di fronte ad uno sviluppo significativo nella prassi del Comitato, soprattutto se lo stesso viene letto in prospettiva, guardando all'impatto che può determinare su altre giurisdizioni<sup>85</sup> e all'applicazione del principio di *non-refoulement* alle domande di asilo che verranno presentate in futuro da persone che hanno lasciato il loro Paese in ragione degli effetti prodotti dal cambiamento climatico, dinamica prevedibile tenuto conto dei fenomeni in atto in taluni contesti geografici<sup>86</sup>. Peraltro appare degno di nota che, discostandosi dalla valutazione delle autorità neozelandesi, il suddetto organo abbia ritenuto applicabile in linea di principio l'art. 6 del Patto<sup>87</sup>, poiché è indiscutibile che il degrado ambientale e il cambiamento climatico determinano conseguenze significative sul diritto alla vita delle persone. Peccato che la soglia probatoria richiesta perché la suddetta disposizione possa venire in rilievo è talmente elevata in casi quali quello oggetto di discussione che si condivide quanto sostenuto amaramente in dottrina: "a promise of protection is extended to potential climate refugees, but only in the most dire of circumstances"<sup>88</sup>. In effetti l'iter argomentativo del Comitato non risulta convincente, essendo chiaramente ispirato ad una logica di *self-restraint*, che gli ha consentito di spingersi a sostenere l'applicabilità *in linea di principio* del divieto di respingimento nel caso di specie disconoscendo tuttavia le ragioni del ricorrente e di conseguenza ritenendo legittimo il rimpatrio.

Ad ogni modo la rilevanza della decisione *Teitiota* ci sembra vada oltre il caso di specie e appare essere dirompente nell'attuale sistema internazionale di protezione dei diritti umani: se lo Stato non si adopera per contrastare il cambiamento climatico e gli effetti che incidono sull'esercizio del diritto ad una vita dignitosa, anche con il supporto della Comunità internazionale, non potrà che trovare applicazione il principio di non respingimento.

### 2.1.3. La decisione *Teitiota* nella prospettiva della lotta al cambiamento climatico.

<sup>85</sup> Sul punto si rinvia anche B. Behlert, *A significant opening*, in *voelkerrechtsblog.org*, gennaio 2020; G. Citroni, *op. cit.*, p. 2; M. Cullen, *op. cit.*

<sup>86</sup> Cfr. V. Rive, *op. cit.*, pp. 7-24, in part. p. 12 ss.

<sup>87</sup> Il ricorrente non aveva chiamato in causa l'art. 7 del Patto, che sancisce il divieto di tortura e di trattamenti e pene disumani e degradanti. Alcuni autori si sono chiesti se la valutazione sotto il profilo dell'art. 7 avrebbe potuto determinare un esito diverso. Cfr. J. McAdam, *Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change*, cit., pp. 715-716.

<sup>88</sup> S. Behrman e A. Kent, *op. cit.*, p. 33.



Ad avviso di chi scrive quella adottata dal Comitato per i diritti umani non è in senso stretto una posizione sulla questione delle migrazioni connesse a cause ambientali/climatiche. In effetti il Comitato non si è inerpicato in discussioni sulla terminologia preferibile rispetto alle persone che lasciano il proprio Paese per motivi legati al cambiamento climatico, al degrado ambientale e ai disastri, o sull'applicabilità alle stesse della Convenzione di Ginevra del 1951, né tanto meno sulla opportunità che la Comunità internazionale si doti di uno strumento giuridico *ad hoc* per la salvaguardia delle prerogative di dette persone e per il riconoscimento alle stesse di uno status giuridico definito, che rappresentano le questioni più dibattute dalla letteratura sulle migrazioni indotte da cause ambientali.

La valutazione del Comitato si pone invece sulla falsariga del dibattito internazionale sulla lotta al cambiamento climatico, riconoscendo che tale fenomeno necessita di urgente attenzione, richiamando la responsabilità dello Stato che ne subisce gli effetti e il necessario supporto della Comunità internazionale perché non venga a determinarsi una situazione irreparabile. Peraltro il Comitato sposa la posizione espressa da altri organi e agenzie delle Nazioni Unite, secondo i quali a venire in rilievo rispetto alla mobilità umana non sono solamente fenomeni catastrofici violenti e istantanei; ma altresì quelli non immediatamente percepibili, di cui viene più unanimemente riconosciuto il collegamento con le migrazioni transnazionali<sup>89</sup>, che possono realizzarsi in un arco temporale anche molto lungo e che rendono inospitale un territorio, come nel caso delle isole del Pacifico, soggette all'innalzamento dell'oceano, all'erosione del territorio, alla salinizzazione delle falde freatiche. In entrambe le ipotesi è di chiara evidenza la correlazione tra motivazioni ambientali e climatiche e fattori economici, sociali e culturali alla base della scelta migratoria di persone rese ancora più vulnerabili dall'innestarsi dei fenomeni in analisi, connessione talmente marcata da risultare difficoltoso individuare le cause primarie della migrazione<sup>90</sup>.

Il cambiamento climatico, il degrado ambientale e i disastri naturali non hanno ovunque lo stesso impatto, essendo quest'ultimo strettamente correlato alle condizioni politiche, economiche, sociali e culturali che consentono o meno strategie di mitigazione, adattamento e resilienza. Sono i Paesi a basso reddito e, all'interno di questi, i gruppi più

---

<sup>89</sup> E. Piguet e A. Pécoud, *Migration and Climate Change: An Overview*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, pp. 1-23, p. 11.

<sup>90</sup> J. McAdam, *Swimming against the tide*, cit., p. 3.



vulnerabili socialmente ed economicamente ad essere più esposti. Non è pertanto casuale che tali problematiche vengano maggiormente percepite in contesti a basso reddito, poiché nel mondo economicamente avanzato, dove pure non mancano esempi di erosione del territorio, di innalzamento delle acque e di inondazioni<sup>91</sup>, non si contempla l'abbandono del Paese di origine, se non in ipotesi estreme, né ci si riferisce agli abitanti di tali territori in termini di potenziali *rifugiati/migranti ambientali/climatici*. Tra i Paesi oggetto di studio per gli effetti del cambiamento climatico, anche in termini di mobilità umana, vi sono le isole del Pacifico Kiribati e Tuvalu, caratterizzate da sovraffollamento – anche a causa dell'incremento costante della popolazione –, inquinamento, disoccupazione, pressione sulle risorse scarse; e il Bangladesh, spesso indicato come il Paese da cui parte il più alto numero di *rifugiati climatici*, con la popolazione prevalentemente concentrata lungo le coste, dove si genera una forte pressione antropica su risorse scarse e soggette ad eventi climatici avversi<sup>92</sup>. In entrambi i casi, la pressione socio-economica incide sul degrado ambientale, che, a sua volta, esacerba la situazione socio-economica, senza che le autorità statali siano in grado di intervenire efficacemente. Il che rende ancora più palese come il cambiamento climatico non possa essere indicato come causa unica della migrazione, la quale deve essere letta come una combinazione di concause (povertà, ineguale distribuzione della ricchezza, difficoltà di accesso ai servizi, assenza di misure di sviluppo o di adattamento al cambiamento climatico, proprie condizioni personali) che vanno a determinare una situazione di vulnerabilità, la quale, in ultima analisi, può portare a spostamenti di persone anche transnazionali. Cambiamento climatico, degrado ambientale e disastri si pongono in queste circostanze come amplificatori di condizioni, politiche, sociali ed economiche già compromesse.

Chi scrive è dell'avviso che il Comitato abbia voluto riportare il dibattito concernente le migrazioni ambientali su di un piano fortemente politico: quello del legame sussistente tra mobilità umana e lotta al cambiamento climatico, questioni che sia che vengano affrontate

---

<sup>91</sup> Si pensi a Venezia, all'Olanda, ad alcuni tratti di costa britannica; al riguardo si rinvia a E. Pranzini e A.T. Williams, *Coastal Erosion and Protection in Europe*, Routledge, 2013. L'Unione europea è attiva sulla problematica dell'erosione del suolo: oltre a promuovere lo studio *Eurosion*, fa utilizzo di programmi e finanziamenti per affrontare tale fenomeno, come previsto dalla Comunicazione COM/2000/547 della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sulla gestione integrata delle zone costiere: una strategia per l'Europa del 27 settembre 2000.

<sup>92</sup> A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017; J. McAdam, *Swimming against the tide*, cit., p. 7 ss.

singolarmente, sia che vengano lette in maniera congiunta, hanno per l'appunto una dimensione essenzialmente politica - talvolta sottaciuta anche nel dibattito internazionale -, che necessita di riconoscimento e ampio consenso<sup>93</sup>. Leggendo tra le righe della decisione oggetto di analisi, infatti, la posizione del Comitato appare chiara: la soluzione di fronte alla mobilità umana, a maggior ragione quando provocata da fenomeni ambientali o climatici ad insorgenza lenta e graduale, non può essere l'applicazione nel singolo caso del principio di *non-refoulement* o del regime internazionale di protezione dei rifugiati, ma va ricercata nella definizione di strategie, sia a livello nazionale sia nell'ambito della cooperazione internazionale, di lotta al cambiamento climatico, di adattamento e, come *extrema ratio*, di reinsediamento delle persone. L'attenzione viene posta fortemente sulla responsabilità degli Stati e della Comunità internazionale, come si ricava in molteplici passaggi della decisione, in linea con gli indirizzi definiti nel quadro delle Nazioni Unite. Dall'altra parte proprio il *duty to assist* che emerge dalla decisione del Comitato potrebbe costituire uno strumento di convincimento<sup>94</sup> perché la Comunità internazionale si impegni non solo nel portare avanti le misure di riduzione delle emissioni climalteranti, in linea con il quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico, ma altresì a supportare le economie più deboli, in uno spirito di maggiore solidarietà, perché possano adottare non solo strategie di mitigazione e di adattamento, ma altresì politiche di sviluppo, di incremento e redistribuzione del reddito, di sostegno e inclusione delle persone più vulnerabili in conformità dell'Agenda 2030<sup>95</sup> delle Nazioni Unite. Infatti, come si è provato ad evidenziare, a concorrere nella scelta di lasciare il proprio Paese vi sono molteplici cause di partenza, tra le quali la povertà acquisisce un peso rilevante.

### **3. La governance delle migrazioni connesse ai fenomeni ambientali o climatici nei diversi regimi sovranazionali.**

#### **a) Nel quadro della lotta al cambiamento climatico.**

<sup>93</sup> E. Piguet e A. Pécoud, *Migration and Climate Change: An Overview*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, pp. 1-23, in part. p. 7.

<sup>94</sup> J. McAdam, *Swimming against the tide*, cit., p. 3.

<sup>95</sup> Assemblea Generale, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1, 25 ottobre 2015.

A questo punto dell'indagine occorre andare a verificare qual è l'attenzione che viene riservata alla mobilità collegata ai fenomeni ambientali e/o climatici in vari regimi giuridici sovranazionali: innanzitutto nel quadro di lotta al cambiamento climatico, che secondo alcuni studiosi sarebbe quello più indicato per fornire soluzioni immediate e pratiche; ma anche nell'ambito del diritto delle migrazioni e dell'asilo. La dottrina sembra infatti concorde nel ritenere che di fronte alla complessità ed eterogeneità delle migrazioni collegate al cambiamento climatico, al degrado ambientale e ai disastri si renda necessario definire un regime *sui generis*<sup>96</sup>, che combini molteplici principi<sup>97</sup> e regimi normativi.

Guardando innanzitutto al quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico, salta all'occhio da subito la difficoltà di pervenire a delle strategie efficaci per prevenire la necessità che le persone migrino e per intervenire laddove lo spostamento sia inevitabile<sup>98</sup>.

A tal riguardo non si può che far notare come, sebbene già nel rapporto del 1990 dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) si evidenziasse l'impatto del cambiamento climatico sulla mobilità umana, solamente nel 2010, su pressione dei piccoli Stati insulari del Pacifico e di altri, anche a medio e alto reddito, maggiormente esposti alle inondazioni<sup>99</sup>, veniva inserito nel *Cancún Adaptation Framework* un espresso richiamo alla necessità «to enhance understanding coordination and cooperation with regard to climate change induced displacement, migration and the planned relocation, where appropriate, at national, regional and international levels»<sup>100</sup>. Inoltre veniva assegnato al *Subsidiary Body for Implementation* (SBI) il compito di studiare eventuali approcci «to address loss and damage associated with climate change impacts in developing countries that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change», in relazione ad eventi sia a repentina che a graduale e lenta insorgenza. Sebbene si tratti di un documento privo di portata giuridica obbligatoria, non si può negare lo stimolo che il *Cancún Adaptation*

<sup>96</sup> F. Biermann e I. Boas, *Towards a global governance system to protect climate migrants: taking stock*, in B. Mayer e F. Crépeau (a cura di), *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*, Edward Elgan Publishing, Cheltenham, Northampton, 2017, p. 405 ss.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Cfr. S. Atapattu, *Climate Refugees*, cit.; B. Mayer, *Migration in the UNFCCC Workstream on 'Loss and Damage': An Assessment of Alternative Framings and Conceivable Responses*, in *Transnational Environmental Law*, 2017, pp. 107-129.

<sup>99</sup> M. Burkett, *International Climate Change law perspectives*, in B. Mayer e F. Crépeau (a cura di), *op. cit.*, p. 190 ss., in part. p. 197.

<sup>100</sup> UNFCCC, *Cancun Agreements*, COP Report n. 16 del 10-11 dicembre 2010, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1; Decision 1/CP.16, par. 14 (f).

*Framework* ha prodotto a livello internazionale come a livello statale nel favorire l'inclusione della mobilità umana nell'agenda sulla lotta al cambiamento climatico<sup>101</sup>. Da quel momento gli sviluppi, per quanto modesti, si sono fatti più rapidi: con la decisione di Doha del 2012<sup>102</sup> viene auspicata la definizione di un approccio olistico al cambiamento climatico che ricomprenda anche l'impatto sugli spostamenti umani, viene richiamata l'attenzione sulla necessità di individuare le perdite e i danni di natura non economica derivanti dalle migrazioni e lanciato il progetto del *Warsaw International Mechanism for Loss and Damages* (WIM), che verrà implementato l'anno successivo e nel cui piano biennale sarà inserita una specifica area d'azione dedicata a migrazione, sfollamento e mobilità<sup>103</sup>. Sulla base delle decisioni adottate a Cancún e Doha<sup>104</sup> è stato inoltre istituito un *Advisory Group on Climate Change and Human Mobility*, formato da OIM, UNHCR, UNDP, *Institute for Environment and Human Security* dell'ONU, *Norwegian Refugee Council*, *Refugees International* (RI), *Center for International Relations Studies de Sciences Po* (Sciences Po-CERI) e *Arab Network for Environment and Development* (RAED), con il compito di analizzare e inquadrare la mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico e fare in modo che le risposte definite nell'ambito della convenzione-quadro (UNFCCC) siano coerenti ed efficaci.

Purtroppo l'Accordo di Parigi ha deluso le aspettative di chi auspicava un approccio più strutturato alla mobilità collegata a fenomeni ambientali e climatici. Infatti, se in una prima bozza era stato inserito un riferimento espresso a «climate change induced displacement, migration and planned relocation»<sup>105</sup>, nel testo approvato solamente nel Preambolo si richiamano i diritti dei migranti, che gli Stati devono impegnarsi a tutelare anche di fronte ai cambiamenti climatici, definiti *preoccupazione comune dell'umanità*. Non è ravvisabile alcun altro riferimento espresso a coloro che si spostano in conseguenza di eventi collegati al cambiamento climatico, nemmeno quando, sempre tra i Considerando, si pone attenzione

<sup>101</sup> M. Burkett, *International Climate Change law perspectives*, cit., p. 198; B. Mayer, *Migration in the UNFCCC Workstream on 'Loss and Damage'*, cit., p. 110.

<sup>102</sup> COP to the UNFCCC, Dec. 3/CP.18, Doha Amendment, 18th Sess., 26 November–8 December 2012, UN Doc. FCCC/CP/2012/8/Add.1, para. 7(a)(2)(vi) (7 December 2012).

<sup>103</sup> COP to the UNFCCC, Dec. 2/CP.19, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts, UN Doc. FCCC/CP/2013/10/Add.1 (23 November 2013) ('WIM'). In argomento si rinvia a M. Burkett, *International Climate Change law perspectives*, cit., p. 196 ss.

<sup>104</sup> Par. 14(f) della Cancun Decision 1/CP.16 e par 7 (a) (vi) della Doha decision 3/CP.18.

<sup>105</sup> DRAFT TEXT on COP 21 agenda item 4 (b) Durban Platform for Enhanced Action (decision 1/CP.17) Adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties Version 2 of 10 December 2015 at 21:00, art. 5.

sulle «esigenze specifiche e le circostanze speciali delle Parti che sono paesi in via di sviluppo, in particolare quelli che sono particolarmente vulnerabili agli effetti negativi dei cambiamenti climatici»<sup>106</sup>. Al di là degli specifici riferimenti, comunque, va fatto presente che l'Accordo di Parigi, anche se indirettamente, prevede delle misure che determineranno delle conseguenze sulla mobilità umana, poiché mira alla riduzione delle emissioni climalteranti e al rafforzamento della resilienza delle popolazioni vulnerabili ai fenomeni sopra richiamati.

Tra le iniziative da segnalare vi è anche la creazione, nel 2016, di una *Task Force on Displacement* nel contesto del WIM, con il compito «[to] avert, minimize and address displacement related to the adverse impacts of climate change»<sup>107</sup>. A venire in rilievo poi è il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, che tuttavia, con riguardo alla mobilità umana, si limita a richiamare la necessità di adottare politiche e programmi di azione che possano rafforzare la resilienza delle popolazioni affette dai disastri ambientali e delle comunità di accoglienza (art. 30, lett. l)).

Alla luce della sintetica ricostruzione operata è di chiara evidenza che nel quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico non si riscontra ancora l'attenzione che sarebbe invece dovuta alla mobilità umana correlata ai fenomeni ambientali e climatici. Ciò che preme far presente, ad ogni modo, è che in tale contesto la migrazione non viene percepita necessariamente in termini di criticità ma in specifiche circostanze viene ritenuta una vera e propria strategia di adattamento al cambiamento climatico<sup>108</sup>.

### **b) Nel regime di tutela dei diritti dei migranti e dei rifugiati.**

Venendo al regime internazionale di protezione dei diritti dei migranti e dei rifugiati, anche qui si registra un sostanziale vuoto normativo<sup>109</sup>. In dottrina si discute se sia opportuno

<sup>106</sup> Accordo di Parigi, Traduzione, in GUUE L 282/4, 19.10.2016. Per un'analisi più dettagliata sui lavori preparatori si rinvia a C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, 17 maggio 2021, in part. p. 2-4.

<sup>107</sup> <https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/WIMExCom/TFD#eq-5>. In argomento più diffusamente si rinvia a B. Mayer, *Migration in the UNFCCC Workstream on 'Loss and Damage'*, cit.

<sup>108</sup> In argomento si rinvia più diffusamente a E. Fornalé, *A l'envers*, cit., p. 524.

<sup>109</sup> António Guterres, Address, Statement by UN High Commissioner for Refugees, delivered at the Intergovernmental Meeting at Ministerial Level to mark the 60th Anniversary of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 50th Anniversary of the 1961 Convention on the Reduction of

adottare una convenzione *ad hoc*, un Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra<sup>110</sup> o anche alla Convenzione quadro sul cambiamento climatico<sup>111</sup> per poter regolamentare le migrazioni correlate al cambiamento climatico e al degrado ambientale. È stata altresì proposta la riformulazione dell'art. 1(A) della Convenzione di Ginevra per far rientrare nella definizione di rifugiato coloro che non corrano il rischio di persecuzione per i cinque motivi attualmente elencati ma per il pericolo derivante alla propria integrità psico-fisica dagli effetti dei suddetti fenomeni. Allo stato attuale infatti non è agevole riscontrare la sussistenza dei criteri di eleggibilità nei confronti di dette persone. Innanzitutto, come tra l'altro è emerso nell'esame del caso *Teitiota*, la valutazione per il riconoscimento dello status di rifugiato è individuale, ma quando si prendono in considerazione le conseguenze del cambiamento climatico generalmente le stesse si riflettono su intere popolazioni o almeno su interi gruppi. Non è poi immediato riscontrare un rischio di persecuzione per uno dei cinque motivi previsti dalla Convenzione di Ginevra, dal momento che gli effetti del cambiamento climatico non possono essere letti come trattamento persecutorio, né rilevano i motivi tassativi di cui all'art. 1A; anche la categoria del determinato gruppo sociale non è idonea posto che l'elemento innato e irrinunciabile non può essere ravvisato nel subire gli effetti del cambiamento climatico<sup>112</sup>. Analoga difficoltà si ha con la determinazione dell'agente persecutore<sup>113</sup>. Certamente ci si potrebbe trovare di fronte ad uno Stato che non ha la capacità di offrire protezione, soprattutto se si tratta di Stati a basso o medio reddito, e dunque con mezzi scarsi per affrontare gli effetti del cambiamento climatico, o a maggior ragione Stati per i quali è già previsto che il territorio di cui dispongono sarà sommerso. Tuttavia anche in queste ipotesi è assente l'elemento della persecuzione collegata ai cinque motivi statuari. Ancora, solo una minima parte delle persone oggetto di indagine attraversa le frontiere statali ma, com'è noto, lo spostamento

---

Statelessness, Geneva, 7 December 2011, p. 141. In dottrina si rinvia, tra gli altri, a W. Kälin e N. Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change*, cit.

<sup>110</sup> F. Biermann e I. Boas, *Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees*, Global Governance Working Paper No, 33, November 2007; M. Traore Chazalnoel e D. Ionesco, *Advancing the global governance of climate migration through the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Global Compact on Migration*, in S. Behrman, A. Kent (eds.), *'Climate Refugees'. Beyond the Legal Impasse?*, Routledge, Londra, 2018, p. 103 ss. Per una visione critica si rinvia a M. Hulme, *Commentary: Climate Refugees: Cause for a New Agreement?*, in *Environment*, 2008.

<sup>111</sup> J. McAdam, *Swimming against the tide*, cit.

<sup>112</sup> G. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The refugee*, cit., p. 644; J. McAdam, *Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards*, 2011.

<sup>113</sup> M. Burkett, *International Climate Change law perspectives*, in B. Mayer e F. Crépeau, *op. cit.*, p. 190 ss., in part. p. 193.



transnazionale costituisce un altro dei requisiti di eleggibilità previsti dal regime di Ginevra<sup>114</sup>. L'Alto Commissariato non ha tuttavia escluso che in specifiche circostanze possa trovare applicazione la definizione di rifugiato, qualora gli effetti dei fenomeni ambientali o climatici si sommino a quelli di un conflitto bellico, della persecuzione o di altre violazioni dei diritti umani, o laddove nel contesto dei suddetti fenomeni alcuni individui o gruppi siano oggetto di misure discriminatorie da parte delle autorità statali, trovi<sup>115</sup>. Ad ogni modo, non risultano al momento casi di riconoscimento dello status di rifugiato a persone che hanno giustificato la richiesta di asilo *esclusivamente* sulla base del degrado ambientale, del cambiamento climatico o di disastri naturali<sup>116</sup>. Nondimeno, come avremo modo di evidenziare nel prosieguo del lavoro, di tali fattori si è tenuto conto in una valutazione complessiva della vulnerabilità del richiedente nell'ambito di procedure nazionali che hanno portato al riconoscimento di forme di protezione *lato sensu* umanitaria. D'altra parte, lo stesso Alto Commissariato ha sostenuto che, laddove non rilevino i requisiti di eleggibilità per lo status di rifugiato, può trovare applicazione il diritto dei diritti umani, in special modo il principio di *non-refoulement*, che, appare opportuno rammentarlo, se in alcuni meccanismi di protezione si limita ad interdire l'allontanamento dal territorio statale, in altri comporta il rilascio di un permesso di soggiorno con un corollario di situazioni giuridiche soggettive ben definite<sup>117</sup>.

Tra le varie ipotesi volte a colmare il vuoto di protezione che si riscontra a livello internazionale vi è anche quella della predisposizione di un *passaporto climatico* prendendo come modello di riferimento il passaporto Nansen rilasciato tra il 1922 e il 1938

<sup>114</sup> Sulle cause ostative all'applicazione della Convenzione di Ginevra alla categoria delle persone che si spostano per motivi ambientali o climatici si rinvia tra gli altri a C. Cournil, *The inadequacy of international refugee law in response to environmental migration*, in B. Mayer, F. Crépeau (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>115</sup> UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 1° ottobre 2020. In precedenza *Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective*, 2009, ed anche, *Seven reasons the UN Refugee Convention should not include 'climate refugees'*, 7 giugno 2017.

<sup>116</sup> C. Cournil, *The inadequacy of international refugee Law*, cit. Si vuole anche segnalare che tale fenomeno potrebbe determinare la perdita della cittadinanza da parte di migliaia di persone poiché, in base al diritto internazionale, un requisito essenziale della soggettività internazionale è proprio il territorio. Cfr. A. Caligiuri, *Sinking States: The statehood dilemma in the face of sea-level rise*, in *QIL Zoom-out*, n. 91/2022, pp. 23-37. In generale sul tema si rinvia a J. McAdam et al., *International Law and Sea Level Rise. Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, Brill, 2019.

<sup>117</sup> Si pensi alla protezione sussidiaria disciplinata dalla Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, su cui torneremo a breve.



ai rifugiati che avevano perso la cittadinanza, o di istituire un visto di natura umanitaria che gli Stati potrebbero rilasciare, su base volontaria, ai migranti che non possono rientrare nel loro Paese per motivi climatici o ambientali, visto non temporaneo ma di lungo periodo, come quelli rilasciati da Stati Uniti e Canada ai cittadini haitiani e filippini in seguito agli uragani<sup>118</sup>.

Un documento particolarmente meritevole di menzione è l'*Agenda For The Protection Of Cross-Border Displaced Persons In The Context Of Disasters And Climate Change*<sup>119</sup>, adottata nel 2015 al termine del processo di consultazione intergovernativo, definito *Nansen Initiative*<sup>120</sup>, lanciato su iniziativa dei governi norvegese e elvetico parallelamente ai lavori della COP-21 che si sono conclusi con l'adozione dell'Accordo di Parigi. L'Agenda, sottoscritta da più di cento governi, parte dal presupposto che la mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico costituisce una questione trasversale che richiede un intervento su diversi piani, tra cui l'aiuto umanitario, la protezione dei diritti umani, la gestione delle migrazioni, la tutela dei rifugiati e di altre persone vulnerabili, le strategie di riduzione dei disastri, le misure di adattamento, le politiche di sviluppo. Il documento in questione fornisce indicazioni concrete agli Stati per prevenire lo sfollamento, facilitare gli spostamenti regolari in condizioni di sicurezza nel caso di disastri e soddisfare i bisogni di protezione delle persone che attraversano un confine. Tra le buone prassi che trovano spazio nell'Agenda vi è l'inclusione della mobilità umana nei piani nazionali di adattamento al cambiamento climatico e nelle strategie di riduzione del rischio di disastri. Nel documento le autorità statali vengono invitate a non respingere le persone che si spostano in seguito a disastri, ad ammetterle almeno temporaneamente nel proprio territorio e a tener conto della vulnerabilità connessa ai fenomeni ambientali e climatici nel valutare eventuali richieste di protezione<sup>121</sup>. Per dare continuità alla *Nansen Initiative* è stata costituita la *Platform on Disaster Displacement* (PDD)<sup>122</sup>, volta a dare implementazione alla *Protection Agenda* e che ha prodotto risultati apprezzabili, poiché ha contribuito tra

<sup>118</sup> D.M.S. Matias, *Climate humanitarian visa*, cit.

<sup>119</sup> <https://nanseninitiative.org/wp-content/uploads/2015/02/PROTECTION-AGENDA-VOLUME-1.pdf>.

<sup>120</sup> <https://www.nanseninitiative.org/>.

<sup>121</sup> *Agenda For The Protection Of Cross-Border Displaced Persons In The Context Of Disasters And Climate Change*, p. 7-8.

<sup>122</sup> <https://disasterdisplacement.org/>.

l'altro all'adozione<sup>123</sup> dell'*IGAD Free Movement Protocol* per il Corno d'Africa<sup>124</sup>, delle *Guidelines on Admission and Stay* in Central America del 2016<sup>125</sup> e del *Pacific Response to Disaster Displacement Project*<sup>126</sup>.

Una specifica rilevanza assumono poi in questo ambito la Dichiarazione di New York su migranti e rifugiati<sup>127</sup>, il Global Compact sui rifugiati<sup>128</sup> e, in misura maggiore, quello per una migrazione sicura, ordinata e regolare<sup>129</sup>, e ciò malgrado la portata non giuridicamente obbligatoria dei documenti richiamati. La Dichiarazione di New York afferma espressamente che «humanity has been on the move. Some people move in search of new economic opportunities and horizons. Others move to escape armed conflict, poverty, food insecurity, persecution, terrorism, or human rights violations and abuses. Still others do so in response to the adverse effects of climate change, natural disasters (some of which may be linked to climate change), or other environmental factors. Many move, indeed, for a combination of these reasons»<sup>130</sup>. Dopo aver riconosciuto che anche i fattori climatici e ambientali, talvolta combinati ad altri fattori, possono determinare spostamenti di persone, la Dichiarazione di New York pone l'attenzione, oltre che sull'assistenza delle persone costrette a spostarsi, sulla necessità di politiche di sviluppo volte a sradicare la povertà e a creare società eque ed inclusive, fondate sullo stato di diritto, e capaci di affrontare in modo efficace il cambiamento climatico<sup>131</sup>. Nel documento vengono richiamati l'Agenda per lo sviluppo sostenibile 2030, il *Sendai Framework*, l'Accordo di Parigi e l'iniziativa Nansen. Se il Global Compact sui rifugiati è alquanto tiepido rispetto alla questione oggetto di analisi, poiché la premessa cui è ispirato è che «not in themselves causes of refugee

<sup>123</sup> <https://disasterdisplacement.org/five-years-after-sendai-paris-and-the-endorsement-of-the-protection-agenda>.

<sup>124</sup> Protocol on Free Movement of Persons in the Igarad Region Endorsed By Committee Of Ambassadors, Ministers of Interior and Ministers of Labour of Igarad Member State del 2020. <https://environmentalmigration.iom.int/sites/g/files/tmzbd11411/files/event/file/Final%20IGAD%20PROTOCOL%20ENDORSED%20BY%20IGAD%20Ambassadors%20and%20Ministers%20of%20Interior%20and%20Labour%20Khartoum%2026%20Feb%202020.pdf>.

<sup>125</sup> <https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2016/11/PROTECTION-FOR-PERSONS-MOVING-IN-THE-CONTEXT-OF-DISASTERS.pdf>.

<sup>126</sup> Progetto che beneficia del finanziamento dell'UE. Cfr. <https://www.internal-displacement.org/pacific-disasters>.

<sup>127</sup> AG, Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, UN Doc. A/RES/71/1 del 3 ottobre 2016.

<sup>128</sup> Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018, Global Compact on refugees, UN Doc A/RES/73/151 del 10 gennaio 2019.

<sup>129</sup> Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. Report of the Secretary-General, UN Doc A/76/642 del 27 dicembre 2021.

<sup>130</sup> Dichiarazione di New York, par. 1.

<sup>131</sup> Dichiarazione di New York, par. 43; Global Compact sui rifugiati, artt. 8 e 32.

movements, climate, environmental degradation and natural disasters increasingly interact with the drivers of refugee movements»<sup>132</sup>, quello per una migrazione sicura, ordinata e regolare riconosce invece espressamente l'impatto dei fenomeni ambientali e climatici, sia a lenta che a rapida insorgenza, sullo spostamento di persone e incoraggia ad istituire canali di ingresso legale per coloro che siano costretti a lasciare il proprio Paese e non possano farvi ritorno, tra cui vengono indicati il rilascio di visti umanitari, sponsorship private, permessi per lavoro, per studio o per ricerca, e facilitando il ricongiungimento familiare<sup>133</sup>. Tale auspicio è stato ribadito nel primo report di attuazione del *Global Compact*<sup>134</sup>, che in vista dell'*International Migration Forum* svoltosi nel mese di maggio 2022<sup>135</sup>, nel porre fortemente l'attenzione sull'integrazione dei migranti nelle società di accoglienza e sulla riduzione delle vulnerabilità, ha evidenziato come la creazione e la diversificazione di canali di ingresso regolari siano necessarie di fronte agli «intensifying impacts of climate change»<sup>136</sup>. Tale diversificazione ricomprende, come già sostenuto nel *Global Compact*, la regolarizzazione delle persone, anche attraverso il rilascio di visti per lavoro<sup>137</sup> o ricongiungimento familiare. Ad ogni modo, il documento in questione, riconoscendo il cambiamento climatico come la sfida più importante di quest'epoca, ha precisato che le misure contenute nel *Global Compact* sulle migrazioni debbono combinarsi e interagire con quelle predisposte nel quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico, anche al fine «to foster people's resilience to remain in place with dignity or move as a form of adaptation»<sup>138</sup>. Si tratta di una precisazione significativa, che prende atto tra l'altro delle rivendicazioni di diverse popolazioni, in special modo di quelle degli Stati insulari del Pacifico<sup>139</sup>, le quali non vogliono essere classificate come *rifugiati* ma vogliono partecipare alla definizione di strategie di reinsediamento che da qui a qualche anno si renderanno

<sup>132</sup> Global Compact sui rifugiati, p. 4. Anche nel documento adottato in occasione del primo *Global Refugee Forum* del 16-18 dicembre 2019 ci si limita a sottolineare “the growing incidence of climate linked displacement and the considerable environmental impact of large refugee situations on the environment” (Outcomes Of The Global Refugee Forum 2019, p. 7).

<sup>133</sup> UN Doc. A/RES/73/195 dell'11 dicembre 2019, in particolare artt. 18 e 21.

<sup>134</sup> Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, cit.

<sup>135</sup> <https://www.un.org/en/migration2022/>.

<sup>136</sup> Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, cit., punto 9.

<sup>137</sup> In argomento si rinvia a E. Fornalé, *Labour Mobility Options as Adaptation Strategies to Environmental Changes?*, in D. Manou, A. Baldwin, D. Cubie, A. Mihr e T. Thorp (a cura di), *op. cit.*, p. 203 ss.

<sup>138</sup> *Ivi*, punto 22.

<sup>139</sup> Pacific Network on Climate Change Migration, *Displacement and Resettlement, Listening To The Pacific: Framework For Pacific Regionalism Regional Initiative Submission*, 2016, p. 7. Si rinvia anche a V. Rive, *op. cit.*, in part. nota 44.

necessarie. Ad esempio, il presidente della Repubblica di Kiribati, già nel 2009, intervenendo dinanzi all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite durante la Conferenza di Copenaghen, faceva presente che come abitanti delle isole avrebbero voluto “[to] maintain our homeland and our sovereignty” ma, di fronte all’ineluttabilità dell’innalzamento dell’oceano, avevano dovuto rassegnarsi a individuare quale soluzione “migration with dignity”<sup>140</sup>, accordandosi con altri Stati dell’area, che avevano offerto disponibilità ad accoglierli<sup>141</sup>. La migrazione difatti è per molti lo scenario peggiore che possa venire a configurarsi<sup>142</sup>. Anche i governi di Tuvalu e della Federazione di Stati della Micronesia hanno ribadito la volontà delle proprie popolazioni di continuare a vivere nel territorio di origine e hanno finanche rigettato l’ipotesi del reinsediamento, anche per il timore che, *arrendendosi* alla migrazione, gli Stati industrializzati si sentirebbero deresponsabilizzati rispetto all’impegno della riduzione delle emissioni climalteranti e più in generale della lotta al cambiamento climatico<sup>143</sup>.

Tornando alla regolamentazione normativa, e spostandoci sul piano regionale, va richiamata innanzitutto la Convenzione dell’Organizzazione per l’Unità africana<sup>144</sup> – oggi Unione africana – sui rifugiati del 1969, che estende la definizione di rifugiato alle persone che sono costrette a lasciare il Paese di origine a causa di «events seriously disturbing public order», espressione nell’ambito della quale, se ci si rifà ad una interpretazione evolutiva<sup>145</sup>, possono essere fatti ricadere anche i disastri naturali o indotti dall’uomo, i fenomeni ambientali e quelli climatici. A sua volta la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984, che a differenza del precedente documento non ha portata giuridica obbligatoria, precisa che «la definizione o il concetto di rifugiato, di cui raccomandare l’applicazione nella regione, potrebbe non soltanto inglobare gli elementi della

<sup>140</sup> A. Randall, *Don’t Call Them ‘Refugees’: Why Climate-Change Victims Need a Different Label*, *The Guardian*, 18 settembre 2014.

<sup>141</sup> T. Crossen, *The Climate Dispossessed: Justice for the Pacific in Aotearoa?*, Bridget Williams Books, 2020, p. 42.

<sup>142</sup> J. McAdam e M. Loughry, *We aren’t refugees*, 30 giugno 2009, <http://insidestory.org.au/we-arent-refugees/>.

<sup>143</sup> Dichiarazioni riportate da J. McAdam, *Swimming against the tide*, cit., p. 15. Cfr. anche il documento Kainaki II Declaration for Urgent Climate Change Action Now, Annex to the Forum Communiqué of the Fiftieth Pacific Islands Forum Funafuti, Tuvalu 13-16 August 2019, par. 2, nel quale si invita la Comunità internazionale ad ottemperare agli obiettivi fissati dall’Accordo di Parigi.

<sup>144</sup> OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, adottata a Addis Abeba, il 10 settembre 1969.

<sup>145</sup> UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, par. 14.

Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, ma anche estendersi alle persone fuggite dal loro paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico»<sup>146</sup>. Va precisato che l'applicazione delle suddette disposizioni nei rispettivi ambiti regionali risulta essere alquanto restrittiva<sup>147</sup>.

Venendo al continente europeo, già nel 2009 l'Assemblea Generale del Consiglio d'Europa riconosceva che «Environmentally induced migration and displacement (is) a 21st-century challenge»<sup>148</sup> e, di conseguenza, indicava una serie di azioni da avviare, tra cui l'adozione di «a clearly defined and inclusive working definition that covers all forms of movement, from voluntary to forced, and includes the full range of human mobility caused by environmental factors», la predisposizione di misure volte a ridurre la vulnerabilità delle popolazioni dei Paesi a basso e medio reddito, l'elaborazione di una convenzione ad hoc che andasse a colmare il vuoto di protezione a livello internazionale e l'adozione da parte degli Stati di legislazione nazionali che riconoscessero l'applicazione del principio di *non-refoulement* e di altre forme di protezione complementare, anche a tempo indeterminato laddove il rimpatrio non sia possibile, per le persone che migrano per motivazioni connesse ai fenomeni ambientali o climatici<sup>149</sup>. Più di recente la stessa Assemblea Parlamentare ha adottato una risoluzione nella quale l'attenzione si concentra maggiormente sulle misure di adattamento e di resilienza delle popolazioni. Vi trova tuttavia spazio un esplicito invito agli Stati membri del CoE «To develop in the asylum systems of member States and in international law protection for people fleeing long-term climate change in their native country»; ciò anche perché «The industrialised member States of the Council of Europe carry a particular responsibility to those countries, especially the countries of the 'global South' affected by man-made climate change, and should therefore provide appropriate asylum for climate refugees»<sup>150</sup>. È altresì degno di nota che venga richiamata la necessità

<sup>146</sup> Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati, adottata dal Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama: problemi giuridici ed umanitari Cartagena de Indias, 19-22 novembre 1984, punto 3.

<sup>147</sup> G. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The refugee*, cit., p. 645-646 e bibliografia ivi menzionata.

<sup>148</sup> Assemblea Parlamentare del CoE, Resolution 1655 (2009), *Environmentally induced migration and displacement: a 21st-century challenge*.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Assemblea Parlamentare del CoE, Resolution 2307 (2019), *A legal status for "climate refugees"*, 3 ottobre 2019.

di *a better response* con riguardo alle persone che *are forced to move* in conseguenza del cambiamento climatico. Né, viene precisato nel documento, l'assenza di una definizione vincolante per riferirsi a queste persone può impedire l'adozione di specifiche politiche per garantire loro protezione. Nondimeno sembra essere stata abbandonata l'idea di una convenzione *ad hoc*.

Va altresì segnalato che non si registra ancora giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani con riguardo alla questione oggetto di studio, sebbene in linea di principio chi scrive ritiene che l'art. 3 CEDU sia suscettibile di essere applicato con riguardo all'allontanamento di persone verso Paesi nei quali si troverebbero in una situazione lesiva della loro dignità anche in ragione degli effetti del cambiamento climatico e del degrado ambientale<sup>151</sup>. Ci sembra tra l'altro che il divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti, anche in considerazione degli sviluppi interpretativi che ha registrato nel corso del tempo, sia più idoneo a venire in rilievo in dette circostanze rispetto al diritto alla vita.

Venendo all'Unione europea, abbiamo già sostenuto in altra sede<sup>152</sup> che la protezione sussidiaria disciplinata dalla direttiva qualifiche<sup>153</sup> ben potrebbe trovare applicazione anche con riguardo alle migrazioni connesse con cause ambientali o climatiche, sia qualora la condizione di indigenza che ne deriva vada a configurare un trattamento inumano e degradante sia in relazione a conflitti bellici che determinino degrado del territorio e scarsità di risorse.

A nostro avviso uno strumento che avrebbe potuto consentire una tutela immediata e uniforme nel territorio europeo dei migranti costretti a lasciare il loro Paese in seguito ad eventi ad insorgenza rapida, quale può essere una catastrofe naturale, è la direttiva sulla protezione temporanea<sup>154</sup>, che ha trovato attuazione per la prima volta in seguito

---

<sup>151</sup> Sia consentito rinviare al nostro *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2021, pp. 521-533.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> Direttiva 2011/95/UE.

<sup>154</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001. In argomento sia consentito rinviare a A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 384 ss. L'applicabilità della direttiva sulla protezione temporanea alle migrazioni indotte da cause ambientali o climatiche non trova consenso unanime in dottrina. Favorevoli sono S. Peers, V. Moreno Lax, M. Garlick e E. Guild, *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, Second Revised Edition, Leiden-Boston, 2015, p. 573; di avviso contrario N. Arenas, *The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 435 ss., in part. p. 446.

all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia e dell'esodo umano che ne è derivato<sup>155</sup>. Il testo normativo dispone infatti la competenza del Consiglio ad adottare una decisione con la quale viene accertata l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati provenienti da un determinato Paese e stabilita la durata della protezione da accordare agli stessi, in termini di rilascio di un permesso di soggiorno, misure di accoglienza e redistribuzione degli oneri tra gli Stati membri. Ai sensi del dettato normativo, ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva le persone costrette a lasciare il Paese di origine o che siano state evacuate in ragione di conflitti armati, violenza endemica, rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani. Chi scrive è dell'avviso che potrebbero beneficiare della protezione anche coloro che si spostano in seguito a disastri o a fenomeni ambientali o climatici. Come dimostrano gli eventi attuali, l'elemento essenziale perché ciò possa avvenire è la *volontà*<sup>156</sup>, quella dei ministri degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, che tra l'altro vota a maggioranza qualificata e non all'unanimità. Va preso atto, tuttavia, che la direttiva sulla protezione temporanea è destinata ad essere abrogata e sostituita da alcune norme contenute nella proposta di regolamento su situazioni di crisi e di forza maggiore<sup>157</sup>, che nell'attuale formulazione appaiono più restrittive delle ipotesi contemplate dallo strumento normativo in vigore.

Va menzionato altresì il Codice dei visti<sup>158</sup>, il cui art. 25 consente il rilascio di un visto di ingresso, della durata di tre mesi e valido solamente nel territorio dello Stato che lo ha rilasciato, laddove rilevino obblighi internazionali o motivi umanitari non meglio precisati. Non è dunque da escludersi la possibilità che venga utilizzato in caso di disastri ambientali così come che trovi applicazione l'art. 6, par. 5, lett. d), del Codice delle frontiere Schengen<sup>159</sup>, ai sensi del quale non può essere negato l'accesso nel territorio dello spazio Schengen a coloro che non possiedono i requisiti di ingresso stabiliti dalla stessa disposizione laddove vengano in rilievo motivi umanitari o di interesse nazionale o

<sup>155</sup> Per un primo commento si rinvia a A. Di Pascale, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei profughi ucraini nell'Unione europea*, in Eurojus.it, 14 marzo 2022.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM(2020) 613 final del 23 settembre 2020.

<sup>158</sup> Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti come modificato, da ultimo, dal Regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

<sup>159</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).



obblighi internazionali. È tuttavia doveroso dare atto che l'interpretazione e applicazione dell'art. 25 del Codice dei visti, sia da parte dei governi degli Stati membri, sia da parte della Corte di giustizia dell'UE, si sono dimostrate particolarmente restrittive<sup>160</sup>.

Restando nel quadro dell'UE, desta perplessità che documenti di indirizzo quali il Green Deal<sup>161</sup> e il nuovo Patto su immigrazione e asilo<sup>162</sup> non prestino particolare attenzione alla tematica oggetto del presente studio. Il Green Deal si limita a prendere atto che le sfide climatiche e ambientali possono determinare «conflitti, insicurezza alimentare, spostamenti delle popolazioni e migrazioni forzate» e di conseguenza l'UE viene invitata ad agire in sinergia con i partner per migliorare la resilienza ai cambiamenti climatici e ambientali<sup>163</sup>. Anche nel Patto europeo sul clima<sup>164</sup> e nella strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici<sup>165</sup> ci si riferisce alle migrazioni solo in termini di conseguenza indiretta del cambiamento climatico<sup>166</sup>. Analogamente, nel Patto su immigrazione e asilo adottato nel settembre 2020 si riconosce che il cambiamento climatico, come altri fattori, inciderà sulle migrazioni e per questo si afferma la necessità di una politica di partenariato con i Paesi terzi, che, tuttavia, com'è noto, non è volta ad aprire canali di ingresso legali, come auspicato dal Global Compact sulla migrazione, quanto invece a chiuderli. Nessun riferimento alle persone che si spostano in seguito ad eventi ambientali o climatici si rinviene nella Raccomandazione sui percorsi legali di protezione che accompagna il Patto<sup>167</sup>, né risultano quote di reinsediamento destinate espressamente agli stessi. Ciò non sorprende tenuto conto della difficoltà ad individuare nei fenomeni ambientali o climatici la causa primaria dello spostamento di persone. Nondimeno sarebbe forse opportuno

<sup>160</sup> Corte di giustizia UE, *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, sentenza del 7 marzo 2017.

<sup>161</sup> Comunicazione della Commissione, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final dell'11 dicembre 2019.

<sup>162</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 final del 23 settembre 2020. Si rinvia a A. Liguori, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2021, pp. 67-84; A. Patroni Griffi, *La gestione dell'immigrazione in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022.

<sup>163</sup> *Green Deal*, p. 24.

<sup>164</sup> Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, *European Climate Pact*, COM(2020) 788 final del 9 dicembre 2020.

<sup>165</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, COM(2021) 82 final del 24 febbraio 2021.

<sup>166</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>167</sup> Raccomandazione (UE) 2020/1364 della Commissione del 23 settembre 2020 relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari.

prevedere quote specifiche di ingresso, anche al di fuori dei canali della protezione internazionale, quanto meno di fronte a disastri naturali o indotti dall'uomo, rispetto ai quali l'Unione europea ha elaborato una propria politica<sup>168</sup>.

Ancora, nel documento sulla gestione delle crisi si auspica il coinvolgimento dei Paesi partner di modo da avere informazioni aggiornate e tempestive sui flussi migratori e su tutti quei fattori (anche geopolitici, sanitari, ambientali, climatici, demografici o socioeconomici) che incidono sulla gestione dell'asilo, della migrazione o delle frontiere dell'UE<sup>169</sup>. Infine, la necessità di intervenire per la creazione di opportunità economiche e sociali, per rafforzare la resilienza delle popolazioni e la gestione delle migrazioni, anche in relazione ai fattori climatici, viene richiamata con riguardo ai Paesi subsahariani nel Report su migrazione e asilo pubblicato dalla Commissione nel 2021<sup>170</sup>. La sfida climatica e ambientale e la gestione delle migrazioni sono anche una delle priorità della cooperazione dell'Unione europea con l'Africa, che costituisce un centro di interesse per l'Organizzazione. Tale rilevanza può essere ricavata altresì nella bozza di accordo con i Paesi ACP<sup>171</sup>.

#### **4. L'impatto della decisione *Teitiota* sulle prassi e la giurisprudenza internazionale e nazionale.**

La rilevanza della decisione del Comitato DU va evidenziata anche con riguardo all'influenza che potrebbe esercitare – e che in parte ha già esercitato – su altri organi di controllo internazionali e sugli ordinamenti statali.

Sono proprio le istituzioni nazionali ad aver mostrato di essere pronte a raccogliere lo stimolo derivante da una decisione coraggiosa, tra l'altro attraverso soluzioni creative, con le quali tener conto della complessità del fenomeno.

<sup>168</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_17\\_4731](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_17_4731).

<sup>169</sup> Raccomandazione (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020 su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione), p. 6.

<sup>170</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Report on Migration and Asylum, COM(2021) 590 final del 19 settembre 2021, p. 18.

<sup>171</sup> Partnership Agreement Between [The European Union/The European Union And Its Member States], Of The One Part, And Members Of The Organisation Of African, Caribbean And Pacific States, Of The Other Part, Negotiated Agreement text initialled by the EU and OACPS chief negotiators on 15th April 2021.

Innanzitutto, in seguito al rigetto del caso *Teitiota* da parte dei propri tribunali, il governo neozelandese ha presentato una proposta di legge per l'istituzione di un visto umanitario per rifugiati climatici, anche nella consapevolezza che sono proprio gli Stati economicamente avanzati ad avere le maggiori responsabilità rispetto a tale fenomeno e che, di conseguenza, devono fare la propria parte per dare sostegno agli Stati che ne soffrono maggiormente gli effetti. Tra questi si collocano proprio gli Stati insulari del Pacifico, i cui cittadini sono espressamente contemplati come beneficiari del visto ipotizzato. Tuttavia, da subito l'iniziativa neozelandese ha suscitato le resistenze di quegli stessi Paesi che potrebbero usufruire della proposta, i quali chiedono non visti umanitari ma un maggiore impegno della Comunità internazionale nelle misure di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico, di modo da poter continuare ad abitare la propria terra<sup>172</sup>. Le popolazioni degli atolli polinesiani non aspirano allo status di rifugiato ma preferirebbero essere trattate “as active economic and social contributors to any country to which we might need to move”<sup>173</sup>. Insistono sull'incremento di canali di ingresso per lavoro e solo come *extrema ratio* per il reinsediamento, su base comunitaria e non individuale; non dunque attraverso visti ad hoc ma attraverso politiche statali che consentano all'intera popolazione di spostarsi in altri Paesi del Pacifico.

Anche nel continente europeo la decisione *Teitiota* ha contribuito a posizioni interessanti di tribunali statali. Guardando all'Italia, degna di nota è innanzitutto l'ordinanza n. 5022 del 2020<sup>174</sup>, con la quale la Suprema Corte, pronunciandosi sul ricorso di un richiedente asilo nigeriano al quale era stata negata la protezione internazionale ed anche quella umanitaria, ha dato rilievo alla condizione di dissesto ambientale nella regione di origine, il Delta del Niger, dovuto allo sfruttamento del greggio da parte delle multinazionali, e all'estrema condizione di indigenza della popolazione, che non beneficia dei proventi di tale attività. Ad avviso della Cassazione, che si allinea alla decisione del Comitato dei diritti

<sup>172</sup> Six things New Zealand's new government needs to do to make climate refugee visas work, 30 novembre 2017, <https://theconversation.com/six-things-new-zealands-new-government-needs-to-do-to-make-climate-refugee-visas-work-87740>.

<sup>173</sup> <https://www.abc.net.au/news/2014-09-05/pacific-islanders-reject-calls-for-27climate-refugee27-status/5723078>.

<sup>174</sup> Corte di Cassazione, seconda sezione civile, ordinanza del 12 novembre 2020 n. 5022 (pubblicata il 24 febbraio 2021), su cui sia consentito rinviare al nostro *Migrazioni connesse con disastri naturali*, cit., p. ; e a A. Ciervo, *Verso il riconoscimento dei “rifugiati ambientali”? Note a prima lettura ad una recente ordinanza della Corte di Cassazione*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2021; C. Scissa, *Estrema povertà dettata da alluvioni: condizione (in)sufficiente per gli standard nazionali di protezione?*, in *Questione Giustizia*, 14 febbraio 2022; S. Villani, *op.cit.*

umani, è indiscutibile che degrado ambientale, cambiamento climatico e sviluppo insostenibile possono incidere significativamente sulla vita e sull'esistenza dignitosa di una persona, in particolare «in ogni ipotesi in cui il contesto socio-ambientale sia talmente degradato da esporre l'individuo al rischio di vedere azzerati i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione, o comunque di vederli ridotti al di sotto della soglia del loro nucleo essenziale e ineludibile» (p. 6). Il giudice di primo grado avrebbe dovuto quanto meno verificare se il pericolo cui andrebbe incontro il richiedente in caso di rimpatrio determini una riduzione dei suoi diritti fondamentali al di sotto di detta soglia minima e pertanto il ricordo del ricorrente è stato accolto.

Va precisato che non è la prima volta che la Corte di Cassazione mostra di essere attenta all'impatto dei fenomeni ambientali e climatici sull'esercizio dei diritti fondamentali da parte delle persone che chiedono protezione internazionale in Italia<sup>175</sup>. Anche successivamente è tornata sulla questione, per ribadire che presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari è il rischio che il rimpatrio determini una compromissione dei diritti umani del ricorrente «al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale» e che il giudice di merito avrebbe dovuto verificare se nel caso di specie la condizione di estrema povertà in cui lo stesso è venuto a trovarsi dopo aver perso casa, terreno e lavoro in conseguenza di un'alluvione vada a configurare tale ipotesi<sup>176</sup>. Ancora, la Suprema Corte ha accolto il ricorso di un richiedente bengalese, al quale era stata negata qualsiasi tipo di protezione sia in via amministrativa sia in via giudiziaria, che lamentava una condizione fortemente privativa, essendo stato costretto a lasciare il paese di origine per assicurarsi un livello minimo di dignità umana, impossibile da ottenere nel Bangladesh a causa della calamità climatica che aveva devastato il villaggio ove abitava<sup>177</sup>.

Non mancano inoltre decisioni delle Commissioni territoriali di esame della domanda di protezione internazionale e dei giudici di merito<sup>178</sup>.

Spostandoci in un altro ordinamento statale, è significativa la pronuncia della *Higher Administrative Court* di Baden-Wuerttemberg del 17 dicembre 2020<sup>179</sup>, che ha ritenuto

<sup>175</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 2018, n. 4455; ordinanza del 4 dicembre 2019, n. 2563; ordinanza del 14 agosto 2020, n. 17130.

<sup>176</sup> Corte di Cassazione, sezione civile, sentenza del 25 settembre 2020, n. 20334.

<sup>177</sup> Corte di Cassazione, ordinanza 26 novembre 2020 – 8 gennaio 2021, n. 121.

<sup>178</sup> Si rinvia a [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org).

<sup>179</sup> VGH Baden-Wuerttemberg, sentenza del 17 dicembre 2020 – A 11 S 2042/20.

applicabile il principio di non-refoulement nei confronti di un cittadino afgano che sarebbe andato incontro ad una condizione di vulnerabilità in ragione del contesto ambientale, caratterizzato da siccità e inondazioni, reso ulteriormente problematico dalla pandemia da Covid-19.

## 5. Conclusioni.

L'analisi svolta ha provato ad evidenziare la complessità di un fenomeno, quello delle migrazioni correlate al cambiamento climatico, al degrado ambientale e ai disastri, che va letto attraverso le sue molteplici dimensioni e che, proprio in ragione di ciò, necessita di un intervento olistico. Il breve quadro tracciato mostra infatti come non vi sia un'unica modalità di intervento di fronte al fenomeno oggetto di indagine, ma che è necessaria una combinazione di misure di mitigazione, adattamento, protezione dei diritti fondamentali, accoglienza e definizione di status giuridici per coloro che migrano individualmente o collettivamente, e reinsediamento laddove non siano ravvisabili altre soluzioni.

La decisione del Comitato per i diritti umani, al di là dei limiti di cui si è dato conto, ha richiamato fortemente l'attenzione sulla cooperazione internazionale per una più efficace strategia di contrasto al cambiamento climatico e sulla predisposizione di misure di mitigazione e di adattamento che possono in talune circostanze prevenire gli spostamenti individuali e collettivi nell'interesse delle stesse popolazioni. Ad ogni modo tali misure devono essere accompagnate da strategie di sviluppo e redistribuzione delle ricchezze, a livello globale e nazionale<sup>180</sup>.

Tuttavia non sempre risulta possibile prevenire gli spostamenti di persone. Già si registrano situazioni di fronte alle quali la Comunità internazionale è chiamata ad avviare una riflessione più puntuale per individuare risposte efficaci e dignitose anche in termini di reinsediamento, preferibilmente su base comunitaria, ad esempio per le popolazioni degli Stati insulari del Pacifico, che, secondo i report scientifici, saranno sommersi nei prossimi 20 o 30 anni. Come si è visto, la Commissione di diritto internazionale e la Commissione

---

<sup>180</sup> Sull'incompatibilità dell'attuale modello di sviluppo con la salvaguardia dell'ambiente si rinvia a B. Tonoletti, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1/2021.

internazionale di diritto del mare sono particolarmente attive a tal riguardo e, proprio mentre si scrive, sono in corso di pubblicazione dei rapporti nei quali si prova a definire delle strategie per affrontare una questione che è particolarmente spinosa in termini di conseguenze sulla soggettività internazionale di detti Stati e di perdita della cittadinanza delle popolazioni ivi residenti.

Se l'obiettivo primario della Comunità internazionale per affrontare gli spostamenti umani è la lotta al cambiamento climatico di modo da consentire alle popolazioni di scegliere di restare a vivere nel territorio di origine, nondimeno vanno individuate soluzioni flessibili che consentano a coloro che si spostano anche su base individuale per motivi connessi ai fenomeni ambientali e climatici di non ritrovarsi in un limbo giuridico. Si è visto infatti come allo stato attuale manchino norme sovranazionali volte a regolamentare lo status di queste persone e ad attribuire loro dei diritti. Non sorprende la difficoltà di pervenire alla definizione di uno strumento internazionale precipuamente destinato alla regolamentazione della mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico, del degrado ambientale e dei disastri. Ci sembra tuttavia che da alcuni dei documenti illustrati, anche se privi di portata giuridica obbligatoria, quali la *Protection Agenda* e il *Global Compact* sulla migrazione, si possano ricavare delle Linee-guida rilevanti per la gestione da parte delle autorità statali della migrazione connessa a motivi connessi ai fenomeni ambientali o climatici. In particolare sarebbe auspicabile la diversificazione dei canali di ingresso legale, che non necessariamente devono essere collegati all'asilo, ma anche al lavoro e al ricongiungimento familiare. Inoltre possono essere valorizzati strumenti giuridici adottati a livello regionale, tra cui, con riguardo al continente europeo, le direttive dell'Unione nel cui ambito di applicazione ci sembra possano ricadere anche le persone che si spostano per tali ragioni.

Sempre più spesso le giurisdizioni nazionali si trovano di fronte a richieste di asilo o di un visto di ingresso nelle quali a rilevare sono fenomeni correlati al cambiamento climatico, al degrado ambientale, ai disastri, naturali o provocati dall'uomo. A tal riguardo va evidenziato che specifiche soluzioni sono state individuate nell'ambito di alcuni ordinamenti statali, tra cui quello italiano, dove è prevista la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno per calamità ma anche di riconoscere la protezione speciale, ben più garantista, a coloro che in seguito al rimpatrio verrebbero a trovarsi in una condizione di vulnerabilità anche conseguenza di fenomeni ambientali o climatici. Nondimeno, proprio

perché vengono elaborate a livello nazionale, le soluzioni sono le più disparate. Invero, purché il vuoto giuridico venga colmato, non necessariamente la diversificazione costituisce una criticità, poiché, come è stato ribadito più volte nel presente scritto, sono a loro volta variegate e complesse le motivazioni che spingono le persone a migrare così come le vulnerabilità che emergono dai percorsi migratori.

Riguardo alle difficoltà sopra menzionate condividiamo l'auspicio della dottrina più sensibile al tema oggetto di indagine: non è rilevante individuare la causa primaria che ha spinto le persone a spostarsi, dunque stabilire se la migrazione sia avvenuta principalmente per le conseguenze di un disastro, del cambiamento climatico, del degrado ambientale o per una vulnerabilità socio-economica già presente; una classificazione rigida non è agevole da determinare ma soprattutto non ha alcuna utilità, poiché l'imperativo, indipendentemente dalla diversità delle cause e delle situazioni, è soddisfare i bisogni di protezione delle persone, che sono di sovente analoghi<sup>181</sup>.

L'analisi ha dunque provato a muoversi su diversi piani, quello della lotta al cambiamento climatico, della tutela dei diritti umani, infine del diritto dell'immigrazione e dell'asilo. La molteplicità di regimi normativi da un lato costituisce indubbiamente una risorsa in termini di soluzioni approntabili; dall'altro tuttavia si pone come criticità, soprattutto perché allo stato attuale non sussistono forme di coordinamento tra i vari regimi e meccanismi. Ad ogni modo è di palese evidenza che di fronte a dinamiche tanto complesse e difficilmente inquadrabili è fondamentale conoscere ed utilizzare tutti gli strumenti giuridici a disposizione, anche attraverso un approccio creativo, quale quello del Comitato per i diritti umani e dei giudici nazionali.

Siamo in una fase particolarmente dinamica per quanto concerne la tematica oggetto di indagine. Sono stati pubblicati negli ultimi mesi importanti studi di agenzie internazionali (in primis dell'IPCC) ed altri, come si è detto, sono in corso di pubblicazione. Nel mese di maggio si è svolto, sotto l'egida delle Nazioni Unite e con il coordinamento dell'OIM, il primo *International Migration Review Forum*, nel corso del quale, per tre giorni, si è discusso di tutta una serie di questioni connesse alle migrazioni, tra cui anche quelle oggetto di indagine<sup>182</sup>. Sono inoltre pendenti dinanzi agli organi giurisdizionali e di controllo

<sup>181</sup> G. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The refugee*, cit., p. 639; F. Thornton, *Climate Change and People on the Move: International Law and Justice*, Oxford, 2018.

<sup>182</sup> Il documento di riferimento è *Migration in the context of disasters, climate change and environmental degradation*, Leads: ILO, IOM, UNFCCC Thematic Priority 4 Workplan September 2021, reperibile al link



sovrnazionali alcuni casi che potranno contribuire a chiarire e completare il quadro che abbiamo tratteggiato.

**Abstract:** Il contributo, a partire dalla decisione *Teitiota c. Nuova Zelanda* del Comitato per i diritti umani, si pone l'obiettivo di indagare se la mobilità umana connessa con il cambiamento climatico, il degrado ambientale e i disastri abbia trovato una regolamentazione nell'ordinamento sovranazionale. In particolare, dopo aver esaminato i contenuti della decisione richiamata, ci si sofferma sul quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico e su quello concernente l'immigrazione e l'asilo. Infine si va a verificare l'impatto della decisione *Teitiota* sugli ordinamenti nazionali.

**Abstract:** Taking as its starting point the decision reached by the Human Rights Committee in the *Teitiota v. New Zealand case*, this paper aims to investigate whether human mobility connected to climate change, environmental damage and natural disasters has gained some form of regulation in International law. In particular, after having examined the details of the aforementioned decision, we look at the international frameworks for fighting climate change and at International law on migration and asylum. Finally we assess the impact of the *Teitiota case* on national legal orders.

**Parole chiave:** cambiamento climatico – mobilità umana – non-refoulement – diritti umani – vulnerabilità.

**Key words:** climate change – human mobility – non refoulement – human rights – vulnerability.

---

[https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/resources\\_files/workplan\\_climate\\_change\\_and\\_migration\\_final.pdf](https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/resources_files/workplan_climate_change_and_migration_final.pdf).

## DOMINE NON SUM DIGNUS: PRESUNZIONE DI PERICOLOSITÀ E PENA COME TORTURA\*.

PRESENTAZIONE DEL LIBRO *CONTRO GLI ERGASTOLI*, A CURA DI STEFANO ANASTASIA, FRANCO CORLEONE, ANDREA PUGIOTTO.

di Francesca Iole Garofoli\*\*

**Sommario.** 1. L'ergastolo come agonia: l'io esiste se esisti tu. – 2. Le scelte parlamentari in tema di ergastolo: le ragioni del dissenso. – 3. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale ed europea. – 4. Brevi considerazioni: Testo Unificato delle proposte di legge della Camera dei Deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646. – 5. Considerazioni conclusive: verso un recupero della dignità.

### 1. L'ergastolo come agonia: l'io esiste se esisti tu.

Il volume *Contro gli ergastoli* a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone, Andrea Pugiotto, rappresenta sotto il profilo scientifico una rivoluzione, per il coraggio con cui si affronta un tema scomodo: l'ergastolo, in bilico tra perenni esigenze emergenziali (*contradictio in terminis*) di difesa della collettività e diritti inviolabili dell'individuo.

Non appare fuori luogo, affidarsi al monito di Gaetano Foschini, poiché il ritorno ad un metodo della Giurisdizione, oggi, richiede l'intervento indifferibile di giuristi coraggiosi in quel reciproco di tirannia<sup>1</sup>. Invero, il metodo della giurisdizione non attiene solo all'essere del processo penale, non è solo forma, esprime, la natura proattiva di quelle regole che delimitano e neutralizzano ogni abuso in nome dei diritti dell'individuo e della sua dignità. L'essenza intangibile del processo penale che piaccia o no. Se, dunque, *Giustizia e modernità* sono contagiate da entropia di fronte alla *debacle* delle garanzie e dei meta valori processuali, viceversa, spalancare le finestre della politica criminale sul diritto penale e sul processo penale attraverso nuovi paradigmi legislativi significa favorire la visione di pena

\* Sottoposto a referaggio. Testo rielaborato dell'intervento tenuto all'Incontro nell'ambito del Dottorato Diritti Umani. Teoria, storia e prassi.

\*\* Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> G. Foschini, *Tornare alla giurisdizione*, Milano, 1971.

come un *instrumentum regni* ed il processo penale ne diventa il congegno di vendetta sociale<sup>2</sup>.

Dunque, il volume ha il pregio di occuparsi di quei diritti deboli che ogni Paese, che si vanta di essere democratico, dovrebbe saper tutelare attraverso un cambio di paradigma, sull'essere e sul tempo, che non può connotarsi di quell'ulteriore elemento: il silenzio; ciò di cui non si può parlare deve essere tenuto in dovuto silenzio, per non turbare gli animi, per ipocrisia<sup>3</sup>?

Non mi sembra sia questo il compito di un Giurista e di un Legislatore.

In altri termini, dalla lettura del volume si evince il vero problema: è sulla scia di una visione moralistica, che il nostro presente ci informa di un'agonia civile nella quale versiamo, se si pensa che nel Regno sabaudo si impiccava il sabato mattina e l'ultimo pasto del condannato era una scodella di brodo.

Negli scritti di Franco Cordero, si ritrova il *trait d'union* con il libro *Contro gli ergastoli* quando ci avverte di un "Italia nel nodo scorsoio", e se il tempo è trascorso, è pur vero che

<sup>2</sup> G. Riccio, *La procedura penale tra storia e politica*, Napoli, 2010 sui "danni irreversibili" che rischia di provocare il "nuovo legislatore", ove si esprime "il significato simbolico della Procedura penale, cartina di tornasole dello Stato democratico e spia della sua effettività, dal momento che essa non regola – solo – lo scontro tra individuo e autorità, ma manifesta il tasso di sensibilità democratica di un Paese e la capacità dello stesso di tutelare i diritti dell'individuo", O. Mazza, *I Diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012; G. Foschini, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1963; V. Garofoli e A. Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2005; V. Garofoli, *La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, in *Atti del Convegno* (Trani, 2-3 febbraio 2007), Milano, 2007.

<sup>3</sup> M. Heidegger, *Essere e Tempo*, traduzione di Pietro Chiodi, 7ª ed., Milano, 1976, In un sistema di tutela multilivello dei diritti delle persone sulle cui esistenze le norme vanno a incidere, si mette in discussione quel dualismo che caratterizza l'uomo: Il tempo e l'essere, la mortalità e la temporalità poiché, si intravede un altro elemento, il silenzio, inteso sì come diritto, ma nell'indifferenza legislativa, un'imposizione: "su ciò di cui non si può parlare bisogna tacere". M. Heidegger, *Essere e Tempo*, traduzione di Pietro Chiodi, 7ª ed., Milano, 1976, ove si evidenzia: "Perché è chiaro che voi avete una lunga familiarità con quello che propriamente intendete con l'espressione 'essente', quanto a noi, una volta abbiamo sì creduto di saperlo, ma ora siamo caduti nell'imbarazzo, forse che noi abbiamo oggi una risposta alla domanda, che cosa propriamente intendiamo col termine "essente"? Niente affatto. È dunque il caso di proporre di nuovo la domanda circa il senso di essere. E siamo forse oggi giorno almeno imbarazzati dal fatto di non comprendere l'espressione "essere"? Niente affatto. E allora è innanzitutto il caso di risvegliare una qualche comprensione del senso di questa domanda. La presente trattazione si propone la concreta elaborazione della domanda circa il senso di "essere". L'interpretazione del tempo come il possibile orizzonte di ogni comprensione d'essere in quanto tale, ne è obbiettivo preliminare. »); cfr. altresì, E. Levinas, *I diritti umani e i diritti altrui*, in *Fuori dal soggetto*, 1992, p. 123 ove: relazionalità, libertà, responsabilità fondano e giustificano la definizione del diritto di Antonio Rosmini: "La persona dell'uomo è il diritto umano sussistente". Definizione altresì fondata dalla costitutiva titolarità dell'uomo di diritti umani, "i diritti al rispetto della dignità umana di ognuno, della vita e della libertà, il diritto all'uguaglianza di tutti gli uomini di fronte alla legge che si fondano su una coscienza originaria del diritto, o sulla coscienza di un diritto originario [...] diritti più legittimi di qualsiasi legislazione, più giusti di qualsiasi giustificazione". R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, in *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, 2011, ove si evidenzia che il diritto è una parte della moralità politica. Cfr. altresì dello stesso autore, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002 e *Constitutionalism and Democracy*, in *European Journal of Philosophy*, n. 1/1995.

la memoria genetica conserva impresse, distorsioni antiche, in uno scenario antropologico, mentale e affettivo che tende a “perpetuarsi tra piccole corti e orizzonti di cortile”, ogniquale volta, nella riflessione dei giuristi, l’individuo appare come un soggetto astratto, un impedimento, un ostacolo<sup>4</sup>.

La prima domanda da porsi è se l’ergastolo, violi il diritto alla vita o il sacrosanto diritto all’esistenza, tema affrontato nell’intervento svolto in aula, nel Senato, il 29 aprile del 1998 da Aldo Masullo, (*La domanda non è se l’ergastolo violi il diritto alla vita, bensì il sacrosanto diritto dell’uomo all’esistenza, che è cosa distinta*) sul disegno di legge Salvato, rievoca gli studi del pensiero di Stefano Rodotà quando nel suo volume *Il diritto di avere diritti* evidenzia che, siamo di fronte alla cancellazione dell’individuo che perde il suo volto, il corpo è lì, ancora visibile, però cancellato<sup>5</sup> “una figura, forse un’ombra, rimane e il problema più grande è quello di restituirle una faccia, di renderla di nuovo riconoscibile, attrarla nuovamente nella realtà”, o meglio nell’esistenza che, come dice Aldo Masullo, è cosa ben diversa dalla vita: “vita è quella di tutti gli animali. Ma, l’esistenza è cosa squisitamente umana, perché esistere, *ex-sistere*, attiene alla condizione, che noi sperimentiamo, momento per momento, nell’incessante perdere parte di noi stessi, del nostro essere, per così dire, scacciati dall’identità nella quale stavamo al riparo fino a quel momento”<sup>6</sup>.

In tale contesto, il concetto di tempo di Elvio Fassone non è tanto la misura della vita, quanto piuttosto l’emozione fondamentale che ci caratterizza come uomini “cos’altro sono

---

<sup>4</sup> F. Cordero, *Il brodo delle undici. L’Italia nel nodo scorsoio*, Torino, 2010

<sup>5</sup> Il testo dell’intervento di A. Masullo si trova (alle pp. 243 ss.) nell’Appendice del volume in esame, introdotto da G. Zuffa, *L’ergastolo come pena di morte nascosta*.

<sup>6</sup> S. Rodotà, *Il Diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2013 “Di fronte ai grandi soggetti economici che sempre più governano il mondo, l’appello ai diritti individuali e collettivi è la via da seguire per impedire che tutto sia soggetto alla legge ‘naturale’ del mercato. Nel 2000 l’Unione Europea si è data una Carta dei diritti fondamentali, la prima del nuovo millennio. Ma non bisogna fermarsi soltanto alle dichiarazioni formali. I fatti ci dicono altro: le donne e gli uomini dei paesi dell’Africa mediterranea e del Vicino Oriente si mobilitano attraverso le reti sociali, occupano le piazze, si rivoltano in nome di libertà e diritti, scardinano regimi politici oppressivi; lo studente iraniano e il monaco birmano, con il loro telefono cellulare, lanciano nell’universo di internet le immagini della repressione di libere manifestazioni, anche rischiando feroci punizioni; i dissidenti cinesi chiedono l’anonimato in rete come garanzia della libertà politica; le donne africane sfidano le frustate in nome del diritto di decidere liberamente come vestirsi; i lavoratori asiatici rifiutano la logica patriarcale e gerarchica dell’organizzazione dell’impresa e scioperano; gli abitanti del pianeta Facebook si rivoltano quando si pretende di espropriarli del diritto di gestire i loro dati personali. L’elenco potrebbe continuare a lungo perché la ‘rivoluzione dell’eguaglianza’, mai davvero compiuta, è oggi accompagnata dalla ‘rivoluzione della dignità’ e sta dando vita a una nuova antropologia, che mette al centro l’autodeterminazione delle persone”.

io se non la pena di ciò che ho perduto”. Che cos'è l'ergastolo se non la negazione di un segmento di vita o, di tutta la vita residuale dell'uomo?

Nell'agonia dell'ergastolo, l'Uomo vede morire parte di sé stesso, senza che nasca alcuna possibilità nuova senza che ci sia neanche un recupero di quella “originaria comunità, senza cui una società non è tale, o è soltanto una società di insetti”<sup>7</sup>.

Per lungo tempo, infatti, la modernità si è dimenticata di occuparsi della stella più bella del suo Universo: l'individuo ed è, per tali motivi, che quella maschera comincia, dove si distrugge la persona e la sua esistenza.

Questo accade, come dice Aldo Moro nella sua lezione del 13 gennaio 1976, (*Questo fatto agghiacciante della pena perpetua: non finirà mai, finirà con la tua vita questa pena*) quando si pone un problema di riconoscimento dell'individuo nel mondo e nel confronto degli altri, che porta con sé la necessità di definire il criterio, la misura di questo riconoscimento.

In altri termini, il valore aggiunto dell'identità individuale, che si riassume nel termine di persona, non è solo un problema linguistico ma, una procedura estremamente sensibile alle variabili storico - culturali.

È il suo rapporto con l'ordine, perché soltanto così si comprende il significato di pena, è la sua ragion d'essere il suo fondamento nell'esistenza di un reato che nella vita sociale è un fattore di disordine, e di qui, la pretesa punitiva come ristabilimento ideale dell'ordine sociale violato.

In maniera diversificata, attraverso l'erogazione di una pena, che è rivolta verso il passato si ha la valutazione quantitativa del disordine che si è verificato, la correlativa esigenza di chiarimento della situazione e la finalità di cancellare il disordine che il verificarsi dei reati ha proposto<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> G.M. Flick, *Contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1505 ss.; in precedenza, cfr. ad esempio L. Riscato, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, ivi, 2015, p. 1238 ss. Tendenzialmente più favorevole rispetto alla soluzione compromissoria adottata dalla Consulta, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. ad esempio D. Pulitano, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale online*, 9 novembre 2020. E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, saggio incluso nel precedente volume collettaneo *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., p. 34.

<sup>8</sup> S. Kierkegaard, *Il giglio nel campo e l'uccello nel cielo*, (a cura di E. Rocca), Milano, 1998, p. 36, “l'inizio non è ciò con cui si inizia ma ciò cui si giunge e vi si giunge a ritroso”.

Di qui, l'archetipo di un legame giuridico, tra reato e pena, un legame, per così dire, morale e dal quale deriva, per il soggetto che ha commesso il reato, la necessità di una pena che lo colpisca.

La logica sottesa o forse il paradosso, che tutto rinvie in una scelta dell'Uomo e che legittima come conseguenza, il castigo giuridico, il castigo sociale, insomma, un'idea di pena che va al di là del diritto, ma resta ancorata a quel presupposto della vita morale, sociale e giuridica che altro non è che la libertà<sup>9</sup>.

L'Uomo agisce, l'Uomo sceglie, l'uomo determina, l'uomo consegue il premio così come ottiene la condanna.

Su tale modello, Aldo Moro arriverà a concludere che la pena perpetua non finirà mai, “finirà con la tua vita questa pena”.

È forse tale, in termini di crudeltà, l'aberrazione degli ergastoli poiché, non c'è nulla di più crudele, di una pena come tortura, che conserva in vita, o meglio che priva la vita del suo contenuto, che senza ulteriori giri di parole, è abbruttimento e perdita di dignità<sup>10</sup>.

La dignità, lo ricorda Pierre Legendre (in *Revisiter les foundations du droit civil*) ove la valenza giuridica come significante di dignità è intesa nel senso che ogni soggetto si rapporta agli altri esercitando la propria libertà mediante una convivenza dignitosa e la persona è l'unico epicentro del diritto) per evidenziare che la dignità non è una super-norma ma si lega ai valori più forti della società: uguaglianza, solidarietà e libertà ed il rischio della sua caduta, per rinuncia, ingratitudine e rifiuto, ci rammenta che non basta sentirsi indegni, occorre confessarlo: “*Domine, non sum dignus*”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> T. Padovani, *La Soave Inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in Riv. It. Dir. Dir. Proc. Pen., 1981, pp 529 ss.

<sup>10</sup> Lo ricorda anche N. Luhmann, *La realtà dei mass media*, Milano, 2002, p. 123: “la memoria realizza una continua discriminazione tra dimenticare e ricordare e se non dimenticasse, se non liberasse alcune capacità per le nuove operazioni, il sistema non avrebbe futuro. In altri termini la funzione della memoria sta nel cancellare le tracce, nel reprimere e nell'inibire occasionalmente la repressione. Si veda, D. Hofstadter e E. Sander, *Superfici ed essenze. L'analogia come cuore pulsante del pensiero*, Torino, 2015, p. 461; A. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004, p.136, A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia* (Campi del sapere), Milano, 1997, p. 67.

<sup>11</sup> P. Legendre, *Revisiter les foundation du droit civil*, in *Revue-interdisciplinaire d'etudes-juridique* in [https://www.cairn.info/editeur.php?ID\\_EDITEUR=](https://www.cairn.info/editeur.php?ID_EDITEUR=) ove “la valenza giuridica come significante di dignità è intesa nel senso che ogni soggetto si rapporta agli altri esercitando la propria libertà mediante una convivenza dignitosa e la persona è l'unico epicentro del diritto” per evidenziare, quindi, che “la dignità non è una super-norma ma si lega ai valori più forti della società: uguaglianza, solidarietà e libertà ed il rischio della sua caduta, per rinuncia, ingratitudine e rifiuto”, ci rammenta che “non basta sentirsi indegni, occorre confessarlo”: “*Domine, non sum dignus*”. Insomma, un reciproco di tirannia, o una scelta di servitù volontaria che ci fa vivere come in un campo di battaglia e che può essere superato se fossimo realmente consapevoli che occorre ritrovare, in primo luogo, le coordinate epistemologiche nei percorsi di verità.

Insomma, un reciproco di tirannia, o una scelta di servitù volontaria che ci fa vivere come in un campo di battaglia e che può essere superato se fossimo realmente consapevoli che occorre ritrovare, in primo luogo, le coordinate epistemologiche di un rapporto tra cittadino e Stato, tra esistenza e pena<sup>12</sup>.

Ma così non è.

## 2. Le scelte parlamentari in tema di ergastolo: le ragioni del dissenso.

Mi sia consentita una breve divagazione: in ogni società, si dice, sembra che ci sia una qualche nozione di giusto e della giustizia; ebbene, quando la distinzione si aggroviglia, si confonde, l'etica pubblica si intorbidisce e la società si disgrega dal suo interno, per effetto di fattori contraddittori e conflittuali, allora “il diritto è un modo, non il modo in cui gli esseri umani si regolano nel loro bisogno di giustizia<sup>13</sup>”.

Del resto, ogni epoca ha i suoi equilibri, le sue gerarchie, accade che la legislazione diventi una funzione di governo oppure che la dialettica si semplifichi in quell'endiadi: politica e

---

<sup>12</sup> É. De la Boétie, *Discorso sulla servitù volontaria*, Liberilibri, Macerata, “Vi è qualcosa di evidente nella natura, qualcosa che nessuno può dire di non vedere, è il fatto che essa, strumento di Dio, e governante degli uomini, ci ha fatto tutti di una medesima forma e, come sembra, col medesimo calco, affinché noi ci si riconosca scambievolmente tutti come compagni o meglio fratelli. E se, nella distribuzione dei suoi doni, ha svantaggiato nel corpo o nella spirito gli uni piuttosto che gli altri, tuttavia non ha inteso metterci in questo mondo come in un campo di battaglia, e non ha mandato quaggiù i più forti e i più abili come briganti armati in una foresta per prevaricare i più deboli, ma bisogna invece pensare che distribuendo ad alcuni di più ad altri di meno, essa volesse dare spazio all'affetto fraterno e mettere gli uomini in grado di praticarlo, avendo gli uni una capacità di offrire aiuto, gli altri bisogno di riceverlo [...]. Essa ha cercato, con tutti i mezzi, di formare e stringere forte il legame della nostra alleanza e società; se ha mostrato in ogni cosa che non voleva tanto farci tutti uniti ma tutti uno; di conseguenza non è da mettere in dubbio che noi siamo tutti naturalmente liberi, perché siamo tutti uguali; e a nessuno può saltare in mente che la natura, che ci ha fatto tutti uguali, abbia reso qualcuno servo”.

<sup>13</sup> G. Riccio, *Ragionando su Processo penale e Intelligenza Artificiale*, in *Archivio Penale*, n. 3/Settembre-Dicembre 2019, ove: “Giurisdizione e processo sono oggi ‘categorie’ diverse da quelle coltivate nella letteratura classica (e dalla Scuola classica e liberale), avendo perduto, la prima, il ruolo di giardino delle garanzie e del sistema e, il secondo, il compito di accertamento che gli è congeniale. Hanno assunto, giurisdizione e processo, caratteristiche ontologiche meramente punitive o, all'opposto, connotati rinunciatari con cui far fronte a bisogni deflattivi realizzati con definizioni anticipate (extraprocessuali); senza dire, su altro fronte, che le ‘misure-Orlando’ per la decarcerizzazione si presentano come modello di anticipazione della giurisdizione sull'azione e della ‘privatizzazione’ della giurisdizione, chiamata ad esprimere compiti di ‘ratifica’ dell'accordo altrove compiuto, ora con la messa alla prova, ora con la tenue offensività, ora con la contrattazione della querela, ora con le forme risarcitorie; tutti strumenti che hanno abbandonato il senso del processo e della giurisdizione per manifestare un pregiudizievole rifiuto per l'accertamento, cioè per il compito istituzionale che la Costituzione affida alla giurisdizione. È un nuovo modello di processo accusatorio; è il processo efficientista che accolla alle categorie fondamentali della giurisdizione la disorganizzazione giudiziaria facendo arretrare la giurisdizione sull'azione: ontologia e dogmatica negano valore al progetto i cui esiti travalicano tradizioni e categorie giuridiche liberali e democratiche, soprattutto i principi del Preambolo penalistico della Costituzione”.



giustizia e, allora, magari, inserire in questo connubio la problematica relativa alla pena, attraverso quei simboli che suscitano fede o incredulità e, magari, anche repulsione nei confronti di realtà ideali, allontana la visione da quell'immagine di *Dike* che incarna eccelse virtù di correttezza, imparzialità ma piuttosto si avvicina a quei simboli che nell'*antologia di Spoon River*, vengono rovesciati da un'immagine opposta, disgustosa che non vede nulla e vuole restare sola con se stessa, con le proprie paure, con quelle idiosincrasie che non sono un obiettivo ma un fine intransigente, fazioso<sup>14</sup>.

È alla luce di questa osservazione che si inserisce il primo contributo ad opera di Franco Corleone (*La pena dell'ergastolo in Parlamento*): un'accurata ricostruzione del dibattito parlamentare che ha interessato l'istituto dell'ergastolo a partire dalla prima legislatura.

Si affrontano le ragioni abolizioniste nel disegno di legge del 1998 che partivano dal Relatore Salvatore Senese con l'opzione di sostituzione della pena dell'ergastolo con una pena definita "reclusione speciale", della durata compresa tra 30 e 32 anni, alcune pene accessorie venivano mantenute, così come alcune misure di difesa sociale; il dato più evidente era quello volto a cancellare con nettezza la reclusione perpetua, con il suo carattere di esclusione sociale senza fine, parola che assume il doppio significato senza termine senza scopo.

Significative le parole di Salvatore Senese nel dibattito parlamentare, quando con una suggestione molto bella evidenzia: "all'inciviltà e le barbarie della devianza o della criminalità, si deve tentare di rispondere con la civiltà e cioè con la razionalità, con l'esatta commisurazione degli strumenti rispetto ai fini, senza lasciarsi soverchiare dall'emotività". Queste le sue parole conclusive: "tolto dal nostro universo di difesa sociale un espediente esorcistico, si potrà mettere mano con razionalità, senso della misura e pragmatismo all'apprezzamento di un sistema di difesa sociale efficacia e sicuro".

Il contributo di Franco Corleone esamina le motivazioni inerenti ai dissensi sottesi alla mancata riuscita del progetto che dopo il voto del 30 Aprile 1998, appare avvilente e, come si legge, vi è la certezza di aver perso un appuntamento con la storia, sicché, in quel periodo, non solo non sarà approvata l'abolizione dell'ergastolo ma non si procederà ad una riforma di un nuovo codice penale che avrebbe comportato l'abrogazione del codice Rocco.

Nelle origini dei dissensi si evince un punto di rottura imposta da ragioni di tipo politico; in altri termini, il problema attiene al rischio di smarrire il consenso dell'opinione pubblica,

---

<sup>14</sup> E. Lee Masters, *Antologia di Spoon River*, con la prefazione di Fernanda Pivano, Torino, 1966.

che si è sempre dimostrata contraria ad un diritto penale minimo, insufficiente alle attenzioni general-preventive di difesa sociale.

Il paradosso è che nel frattempo, rispetto al 1998, quindi, vent'anni dopo l'assassinio di Aldo Moro e sei anni dopo quelli di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, sono aumentati gli ergastoli di quattro volte, mentre sono diminuiti gli omicidi che non superano i 500 in un anno, la lotta armata di origine interna è scomparsa e le stragi mafiose sono un lontano ricordo, eppure gli ergastoli aumentano in maniera esponenziale e le liberazioni condizionali sono poche e impossibili<sup>15</sup>.

Sicché, tale è la dimostrazione che quello che pareva un simulacro si è trasformato in uno strumento di repressione formidabile<sup>16</sup>.

### 3. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale ed europea.

Il volume *Contro gli ergastoli* viene pubblicato in concomitanza con l'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021, depositata l'11 maggio 2021, con la quale la Corte, sebbene non dichiari l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, accerta l'incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede la collaborazione del condannato quale unica via per accedere al beneficio della liberazione condizionale<sup>17</sup>.

Le ragioni di una mancata declaratoria di incostituzionalità attengono a ragioni di politica criminale, in quanto, così come sostenuto, «un'immediata declaratoria di incostituzionalità potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia

<sup>15</sup> S. Marietti, «L'ergastolo in Italia non esiste». *I numeri di un pregiudizio*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 93-108.

<sup>16</sup> In argomento, C. Bernasconi, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis, 2° co., ord. penit.*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, 2003, Torino, p. 288; C. Fiorio, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in A. Bargi (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 1139; M. Pellissero, *Il percorso sospeso: la posta in gioco «radicale» dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1001 ss.

<sup>17</sup> Corte Cost., ord. n. 97/2021, in G. U. 12 maggio 2021, n. 19 al considerando in diritto n. 9. Tra i molti commenti alla decisione si veda E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2021; L. Risicato, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, n. 2/2021, p. 641 ss.; V. Carucci, *Prove tecniche di «collaborazione istituzionale»: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 3/2021, p. 225 ss.; A. Pugiotto, *Leggere altrimenti l'Ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2021, p. 1182-1193.

continua ad assumere nell'attuale divieto».

La decisione della Corte evidenzia la dicotomia tra principi costituzionali e fallimento del sistema per cui, si sa, quando si discute di come *difendere Abele e recuperare Caino* occorre che il contrasto tra obiettivi di sicurezza e regole di tutela della dignità, non tollerano soluzioni intermedie poiché non si favorisce quel reciproco riconoscimento della comune umanità al principio dell'Uomo, sempre come fine e mai come mezzo<sup>18</sup>.

Un sostanziale *non liquet* della Corte nel rinviare alla data del 10 maggio del 2022 l'impegno del Legislatore ad uniformare l'attuale disciplina alle regole della Costituzione, con soluzioni di equilibrio tra, necessaria prevenzione e repressione dei reati di criminalità organizzata e, utilità della collaborazione in tali casi.

Sebbene, come icasticamente osservato, dal prof. Pugiotto, (*La Versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*) è solo la sentenza della Corte costituzionale, n. 253/2019 che ha aperto una decisiva breccia nel muro della ostatività penitenziaria, riconoscendo all'ergastolo ostativo non collaborante, la possibilità di essere ammesso al beneficio del premesso premio<sup>19</sup>.

Difatti, con la sentenza in epigrafe, vacilla la presunzione legale assoluta secondo cui “chi non parla, pur potendolo fare, è socialmente pericoloso: per legge, infatti, quel silenzio sarebbe sempre omertoso, prova invincibile della permanente adesione del reo al sodalizio criminale appunto non contano le ragioni del suo silenzio” (magari dettato dal timore di ritorsioni a suo danno o dei propri familiari); “non conta il suo percorso rieducativo, fatto durante gli anni di reclusione anche se ne attestati un'autentica revisione critica delle pregresse scelte criminali”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> G.M. Flick, *Contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1505 ss.; in precedenza, cfr. ad esempio L. Riscicato, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1238 ss. Tendenzialmente più favorevole rispetto alla soluzione compromissoria adottata dalla Consulta, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. ad esempio D. Pulitano, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale online*, 9 novembre 2020.

<sup>19</sup> Corte costituzionale, s. n. 253/2019, in G. U. 11 dicembre 2019, n. 50. Corte costituzionale, s. n. 32/2020, in G.U. 4 marzo 2020, n. 10. Cfr. altresì, Corte costituzionale, s. n. 20/2022. In particolare: la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionali sollevate dal Magistrato di sorveglianza di Padova che riteneva privo di giustificazione e lesivo del principio di uguaglianza il diverso regime probatorio vigente per i detenuti la cui collaborazione con la giustizia è oggettivamente impossibile o inesigibile (in tal caso deve essere valutata la sola insussistenza di rapporti attuali con il contesto malavitoso) e coloro per i quali la collaborazione risulta invece possibile (in tal caso, come noto, deve essere escluso il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata). In dottrina, A. Pugiotto, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, 2021, p. 44.

<sup>20</sup> A. Pugiotto, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., p. 44.

“O collabori o rimani in cella” per sempre: questo è l'epitome del regime ostativo penitenziario, questo è sul vero volto del sistema cautelare l'impiego della costrizione *ad eruendam veritatem*<sup>21</sup>.

Si legge, nel contributo del Prof. Pugiotto, che invero, una tale costruzione normativa alla luce del riconoscimento della Consulta non regge il confronto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.: “la collaborazione può essere premiata, non estorta con il ricatto di una detenzione più afflittiva, perché nega a priori rilevanza giuridica al processo di risocializzazione del detenuto, perché il percorso del tempo in prigione, decenni per il condannato a vita può contraddire la presunta immutabilità sia della personalità del detenuto sia del contesto esterno al carcere”<sup>22</sup>.

In altri termini, si basa su una generalizzazione che può essere invece contraddetta da allegazioni contrarie e sarà quindi il Giudice di sorveglianza, coadiuvato dalle autorità competenti, dalle direzioni penitenziarie e dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, dalla procura antimafia a dover valutare caso per caso, tutti i fattori in gioco al fine di concedere o meno il beneficio penitenziario richiesto dal reo non collaborante.

Il moto tellurico provocato dalla sentenza impone valutazioni in tema di presunzioni di pericolosità che travolgono, su un piano diversificato, il processo penale nell'ossimoro *imputato e condannato pericoloso*: una *contradictio in adiecto*, irriducibile alle regole del giusto processo a partire dalla non considerazione di colpevolezza e di pena come sarebbe opportuno definirla, come percorso di reinserimento del condannato nella società.

Incomprensibile, dunque, la persistenza di tale presunzione in una fase qual'è quella di esecuzione, dove la presunzione assoluta di pericolosità si basa su formulazioni generiche

<sup>21</sup> G. Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 344. F. Cavalla, *Prefazione a Retorica, processo, verità*, in F. Cavalla (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Milano, 2007, G. Illuminati, (voce) *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, p. 1; A. Tarski, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 1944, pp. 341-375, trad. it. A cura di A. Meotti, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. Linsky (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, pp. 27-68. F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino 2016.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, s. n. 253/2019, Pres. Lattanzi, Red. Zanon, in *Eius*, in [www.eius.it/giurisprudenza/2019/699](http://www.eius.it/giurisprudenza/2019/699), 1 ss.; nonché in *Guida al dir.*, n. 5/2020, p. 64 ss.; A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*; M. Cerase, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, M. Chiavario, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, A. Menghini, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, consultabili partendo dal sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, p.101 ss.

e al contempo contrarie che ne smentiscono spesso il presupposto nella specifica valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

Non dimentichiamo che il processo penale si fonda sul dubbio e su quell'errore che mette in crisi il giudicato e la fase dinamica dell'esecuzione, mediante meccanismi complessi ma non impossibili dell'istituto della revisione che sono stati pensati per evitare che il giudicato, possa coprire gli errori più di quanto la terra faccia con i suoi morti se vogliamo svelare il segreto del processo penale di S. Satta<sup>23</sup>.

Ecco, dunque, che una visione parziale e ancorata a pregiudizi appare un *non sense* che annuncia, in maniera insidiosa l'inversione dell'onere della prova quando, nel ragionamento della stessa Corte costituzionale, si evince che quest'ultima è ben consapevole che l'appartenenza ad un'associazione di stampo mafioso, ancora oggi implica un'adesione stabile e duratura ad un sodalizio criminoso.

Rileva, nondimeno, che il trascorrere del tempo, nella fase di esecuzione della pena, può comportare trasformazioni rilevanti sia della personalità del detenuto sia del contesto esterno al carcere.

Di qui, la necessità di riconoscere carattere non più assoluto ma bensì, relativo, alla presunzione di pericolosità, posta a base del divieto di concessione del permesso premio al detenuto che abbia scelto di non collaborare con la giustizia, senza che tale ultima circostanza possa fungere da impedimento alla valutazione in concreto dell'evoluzione

---

<sup>23</sup> S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi 1994. Avverte l'esigenza di spostare il piano dell'indagine verso la prassi M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere, analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, p.278 il quale ricorda: "la legislazione di molti sistemi occidentali...stabilisce che l'imputato benché tenuto a sottoporsi ad interrogatorio, ha il diritto di rifiutarsi di rispondere. Il diritto al silenzio. Inoltre, se si sceglie di deporre, le bugie che ne risultano non sono punibili come falsa testimonianza: diritto di mentire. Naturalmente la costrizione fisica per ottenere la deposizione è ormai proibita in via generale. A livello della retorica giuridica queste sono deviazioni drastiche della forma pura dell'attuazione di scelte politiche, con la sua enfasi sul dovere della parte di cooperare con le autorità. L'effettiva amministrazione della giustizia è però stata influenzata da queste conquiste retoriche solo in misura limitata, sicché il diritto vivente in questo campo merita di essere riconsiderato"). Non è sbagliato ricordare, C.G.A. Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, Milano 1858, G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, F. Carnelutti *principi del processo penale*, Napoli, 1960, per sottolineare che la teoretica sul contributo conoscitivo dell'accusato prendeva forma e sostanza dalla scarsa considerazione della considerazione di non colpevolezza, sebbene, sin dal 1723 le Regie Costituzioni piemontesi, (lo evidenzia Il Prof. A. Giarda nel *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980 "una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale : dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguardia del diritto di difesa : dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell' imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle "fonti" e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni "insopprimibili diritti dell' uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le parti implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità", si veda altresì V. Grevi, "*Nemo tenetur se detegere*". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, dello stesso Autore si veda *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, Milano 1998.

della personalità.

In definitiva, se non è irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, tuttavia è necessario, in ossequio ai principi contenuti negli artt. 3, 27, co. 3, Cost. consentire che tale presunzione possa essere superata da prova contraria.

Ma da parte di chi? Su chi dovrebbe gravare quest'onere, non certo sul condannato<sup>24</sup>!

Peraltro, il superamento della presunzione di pericolosità sociale non può dipendere dalla sola regolare condotta carceraria, dalla mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno da una mera e declamata dissociazione, ma si determina solo in forza dell'acquisizione di altri congrui e specifici elementi, ricavabili dell'intero tessuto normativo e sociale, per quanto possa essere corretto definirlo così all'interno del percorso rieducativo penitenziario.

Si comprende, dunque, quale possa essere l'onere del Legislatore che entro il 10 maggio del 2022, dovrà disciplinare la materia conformemente a Costituzione, con interventi che tengano in considerazione sia la peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata sia la necessità di preservare il valore della collaborazione in queste ipotesi.

Il Legislatore dovrà, altresì, tenere in considerazione anche tre interventi giurisprudenziali europei particolarmente importanti, di cui tratta nel volume Barbara Randazzo, *Gli ergastoli nella giurisprudenza della Corte EDU*, ricordando che quando si affrontano argomenti che attengono alla tutela dei diritti umani occorre prendere in considerazione il sistema multilivello di protezione sia, sotto il profilo dei principi e delle regole riconosciuti nelle diverse Carte sia, sotto il profilo dei rimedi giurisdizionali interni ed europei previsti dalle diverse Corti.

Gli ergastoli italiani, al vaglio della Corte europea hanno come prima pronuncia, di matrice europea, *Viola v. Italia* n. 2/2019 e di qui alcune riflessioni: in primo luogo, è opportuno precisare che la Corte EDU non si è mai pronunciata contro le pene di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non nasconda il carattere incondizionato della perpetuità<sup>25</sup>.

In maniera diversificata, la perpetuità, in quanto tale, non viene condannata a livello sovranazionale ma in particolare, la giurisprudenza convenzionale tratteggia distintamente

<sup>24</sup> Se i documenti derivanti dalla Procura Nazionale o dalla Procura distrettuale o dal Comitato per la sicurezza sono negative, l'onere di allegazione gravante sul beneficiario si trasforma in un vero e proprio onere probatorio, v. A. Menghini, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.*, Nota a Corte cost. n. 253/2019, consultabili partendo dal sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>25</sup> Corte EDU, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia* (n.2).



i confini entro i quali l'ergastolo può essere considerato una pena legittima, a tal fine imponendo agli Stati membri, con il margine di apprezzamento tipico della giustizia penale, l'istituzione di un meccanismo dedicato che garantisca il riesame della sentenza con possibilità di rilascio<sup>26</sup>.

Nel particolare, la Convenzione richiede una verifica ove si possa sostenere che le iniziali ragioni giustificative della detenzione possano ancora persistere, in caso contrario la perpetuità non può realizzarsi, laddove, invece, perdurino fattori di rischio e di pericolo attuali, questa appare compatibile con i principi sanciti dalla Carte convenzionali.

È dunque, la irriducibilità contraria all'art. 3 della Convenzione, non la perpetuità, la quale, invece, può essere giustificata da esigenze retributive, di prevenzione generale o speciale, di risocializzazione; ed è per questo che invocare le Carte o la giurisprudenza sovranazionale per sostenere l'inconciliabilità dell'ergastolo con i diritti fondamentali può risultare un'operazione dagli esiti dubbi.

Insomma, la Corte EDU non appare proprio in linea con le esigenze di un'abolizione dell'ergastolo, poiché sin dal 2014 ha fatto costantemente applicazione della giurisprudenza *Vinter*, ribadendo in più occasioni che in presenza di un meccanismo di riesame la pena perpetua non integra un trattamento inumano e degradante<sup>27</sup>.

Ed è in virtù di tali ragioni che nella sentenza *Viola v. Italia n. 2*, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto l'ergastolo ostativo previsto dall'ordinamento italiano contrario alla Convenzione, in quanto limitativo delle prospettive di rilascio dell'ergastolano.

In particolare, se per il Legislatore italiano, la collaborazione con la giustizia è presupposto per dimostrare la dissociazione dal sodalizio criminale e per garantire il ravvedimento, per il giudice europeo, invece, «la mancanza di collaborazione potrebbe non sempre essere legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai valori criminali e dal mantenimento di legami con il gruppo di

---

<sup>26</sup> D. Galliani e A. Pugiotto, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2019, p. 194. Cfr. altresì. § 75, *Léger c. France*, [Second Section], 2006, nella quale si afferma, riprendendo una precedente giurisprudenza, che «La Cour a jugé en effet, à propos d'une peine perpétuelle, que dès lors qu'il a été satisfait à l'élément punitif de la sentence, tout maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité». «In effetti, la Corte ha ritenuto, in relazione a una condanna all'ergastolo, che “una volta che l'elemento punitivo della pena è stato soddisfatto”, la continuazione della detenzione deve essere motivata da considerazioni di rischio e pericolosità”.

<sup>27</sup> In tal senso, si v. § 111, *Vinter e altri c. Regno Unito*, [GC], 2013. Nella stessa pronuncia, la Corte indica, altresì, che il riesame debba essere garantito non oltre venticinque anni dopo la condanna all'ergastolo, con ulteriori riesami periodici in seguito (§ 120), e che il condannato ha il diritto di conoscere le condizioni per la sua liberazione sin dall'inizio della pena (§ 122).



appartenenza»<sup>28</sup>.

È dunque contraria alla Convenzione la presunzione assoluta che presuppone l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la pericolosità sociale, perché «collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e degli altri motivi per cui *maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité* (In effetti, la Corte ha ritenuto, in relazione a una condanna all'ergastolo, che “una volta che l'elemento punitivo della pena è stato soddisfatto», la continuazione della detenzione deve essere motivata da considerazioni di rischio e pericolosità).

Nel contributo di Davide Galliani, (*Gli ergastoli altrove. Ovvero: la pena perpetua nel mondo*) l'autore si interroga su cosa sia la pena perpetua e se sia sufficiente prevedere istituti come la libertà condizionale, la clemenza, il differimento per motivi umanitari-sanitari per escludere che una pena astrattamente perpetua non sia in realtà tale<sup>29</sup>.

La prima questione risulta superata poiché a livello definitorio si considerano perpetue “quelle pene che, pronunciate dal giudice della cognizione nei confronti di una persona penalmente responsabile, implicano l'assenza di tempo predeterminato da dover scontare in carcere”.

Quelle pene che, quindi, si risolvono in un fine pena mai o, meglio, fine pena a limite soggettivo, dipendendo la durata dalla sopravvivenza del condannato<sup>30</sup>.

Sintomatico, il confronto con la Corte penale internazionale, che ad oggi, non ha mai pronunciato condanne alla pena perpetua. Peraltro, lo statuto prevede, in caso di condanna alla pena perpetua una *judicial review* della stessa Corte, dopo 25 anni di detenzione del reo.

Il confronto pone delle serie riflessioni in tema di diversità trattamentale per il diritto penale internazionale che, in tema di crimini contro l'umanità, prevede meccanismi meno rigorosi rispetto ai meccanismi punitivi previsti per i reati di criminalità organizzata e, viceversa, risponde a forti istanze di retribuzione e deterrenza.

<sup>28</sup> G.M. Flick, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 5.

<sup>29</sup> D. Galliani, *Gli ergastoli altrove. Ovvero: la pena perpetua nel mondo*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 109-142.

<sup>30</sup> L. Risicato, *La pena perpetua*, cit., 1254. Per obiezioni di questo tipo cfr., tra altri, K. Luederssen, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 85 ss.; e, più di recente, D. Galliani, *Pena di morte e pena perpetua: e il senso di umanità?* in *Giustiziainsieme.it*, 30 gennaio 2021. G. Fiandaca, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in L. Di Carlo (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Torino, 2020, p. 77 ss.

Il cuore del problema si ritrova nel commento già citato, di Andrea Pugiotto, sugli approdi della Corte costituzionale, secondo cui l'ergastolo può continuare ad esistere in quanto tende a non esistere: “un sofisma dal corto respiro che capovolto dimostra che il carcere a vita è certamente incostituzionale [...] L'ergastolo, infatti, non viola la costituzione purché non sia ergastolo”.

Emerge così il paradosso insito nella legittimità dell'ergastolo, costituzionale in astratto, incostituzionale in concreto, perché tollerato solo se non perpetuo: un paradosso che tuttavia si traduce in realtà per tutti coloro che non possono o non riescono ad ottenere la liberazione condizionale e per i quali l'ergastolo, o meglio gli ergastoli, ancora esistono. Stando alla lettera del codice, in realtà, la pena perpetua, con l'obbligo di isolamento notturno e di lavoro, viene declinata al singolare denominata come ergastolo; l'opera, però, supera consapevolmente l'utilizzo del singolare ed utilizza il plurale per indicare le varie forme di esecuzione della pena qualitativamente diverse: l'ergastolo comune, l'ergastolo scontato per determinati periodi in isolamento diurno e l'ergastolo ostativo.

#### **4. Brevi considerazioni: Testo Unificato delle proposte di legge della Camera dei Deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646.**

Le Commissioni parlamentari permanenti I, VI e XI hanno recentemente espresso parere favorevole con riguardo al testo unificato delle proposte di Legge della Camera dei deputati in ordine alle modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e alla legge 13 settembre 1982, n. 646 in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia<sup>31</sup>.

In particolare, il testo unificato della Commissione estende la concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario ai detenuti o internati per reati particolarmente gravi che, pur non avendo collaborato con la giustizia, abbiano fornito

---

<sup>31</sup> F. Ventimiglia e G. Conconi, *Il nuovo ergastolo ostativo ai sensi del Testo unificato delle proposte di Legge della Camera*, in *plusdiritto.ilsole24ore.com*.

sufficienti elementi a dimostrazione di una avvenuta rieducazione a seguito del percorso carcerario.

Dunque, il condannato per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-*bis*, ordinamento penitenziario potrà accedere a permessi premio, lavoro all'esterno, semilibertà e liberazione anticipata quando dimostri di non essere più collegato all'associazione criminale.

Nello specifico, il nuovo comma 1-*bis* del predetto articolo prevede che tale accertamento potrà essere fornito dal detenuto tramite l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna nonché mediante la documentazione di specifici elementi che testimonino la propria estraneità alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva che non siano, tuttavia, limitati alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al percorso di rieducazione o alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale.<sup>32</sup>

Pertanto, la concessione di tali benefici rimane, in ogni caso, condizionata alla sussistenza di particolari requisiti nonché subordinata agli esiti degli accertamenti svolti dall'Autorità giudiziaria.

Infatti, il Tribunale di sorveglianza, previo parere del Pubblico Ministero presso il Giudice che ha emesso il provvedimento di primo grado – o del Pubblico Ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado – nonché del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo potrà decidere in merito all'accoglimento o al rigetto dell'istanza di accesso ai benefici penitenziari.

Il Tribunale di sorveglianza sarà, inoltre, tenuto ad acquisire informazioni da parte dell'istituto penitenziario ed eseguire accertamenti sulla situazione patrimoniale del detenuto, nonché su eventuali iniziative di riparazione o risarcimento del danno nei confronti delle vittime. Tuttavia, qualora, trascorso il termine di 30 giorni, non siano pervenuti i suddetti pareri o le informazioni relative agli accertamenti richiesti, il Giudice potrà decidere, ancorché motivando adeguatamente il provvedimento di accoglimento o di rigetto, anche in assenza di questi.

Con riferimento alla liberazione condizionale, la nuova disciplina prevede altresì che il detenuto che non collabori con la giustizia debba aver scontato almeno due terzi della pena

---

<sup>32</sup> Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia (esame emendamenti testo unificato C. 1951 Bruno Bossio, C. 3106 Ferraresi, C. 3184 Delmastro Delle Vedove e C. 3315 Paolini-A - Rel. Perantoni) [www.camera.it](http://www.camera.it).

temporanea o un minimo di 30 anni per la pena dell'ergastolo ai fini dell'istanza di accesso a detto beneficio.

### 5. Considerazioni conclusive: verso un recupero della dignità.

Occorre constatare che allo stato attuale, si potrebbe sostenere, come nella Commedia di Kenneth Branagh, che ci sia stato molto rumore per nulla se, invero, l'ordinanza n. 97/2021 con cui la Corte costituzionale aveva chiesto al Parlamento di intervenire in materia di concessione di misure alternative alle persone condannate per i reati di cui all'art. 4-*bis*, ordinamento penitenziario, constatata l'incostituzionalità della disciplina vigente, risulta disattesa in buona parte dal testo approvato dalla commissione Giustizia della Camera<sup>33</sup>.

In altri termini, non si è saputo cogliere il cuore del problema, nelle indicazioni ricevute dalla CEDU e dalla Corte costituzionale: l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo ha la sua ragion d'essere perché la pena è legittima solo se idonea a restituire qualunque detenuto alla vita libera ove non costituisca più un pericolo per gli altri e non ci siano più giustificazioni alla sua restrizione.

L'orizzonte indicato dalla Consulta appare chiaro e questo, non significa non mantenere l'attenzione sui fenomeni criminali di massima pervasività quanto, piuttosto, saper rimuovere gli ostacoli normativi in tema di percorsi effettivi di reinserimento e di diritto alla speranza che spetta ad ogni individuo perché tornare a essere liberi, significa tornare ad essere vivi.

In tale logica, non si sono raggiunti grandi risultati se, come si è visto, il nuovo testo

---

<sup>33</sup> Corte costituzionale, o. n. 97/2021, Pres. Coraggio, Red. Zanon: «La collaborazione con la giustizia ‘certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente’ e non è irragionevole presumere che l'ergastolano non collaborante mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Tuttavia, l'incompatibilità con la Costituzione si manifesta nel carattere assoluto di questa presunzione poiché, allo stato, la collaborazione con la giustizia è l'unica strada a disposizione dell'ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale. La collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali» cfr. altresì R. De Vito, *La liberazione condizionale nel diritto vivente giurisprudenziale*, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, cit., p. 160.

legislativo disegna ulteriori e stringenti limiti, nel pretendere che il detenuto debba dimostrare l'integrale adempimento delle obbligazioni civili o l'assoluta impossibilità ad adempierle, fornisca specifiche prove idonee ad escludere l'attualità dei collegamenti o di un eventuale pericolo di ripristino di tali collegamenti, rispetto ad una semplice dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di originaria appartenenza.

Si disattende la richiesta formulata dalla Corte costituzionale su una differenziazione tra le fattispecie individuate nell' art. 4-*bis*, accomunando reati di origine associativa e quelli contro la pubblica amministrazione e si arriva ad imporre una dichiarazione di dissociazione in palese contrasto con il diritto al silenzio di chi si continua a sostenere innocente.

Peraltro, il 10 maggio la Corte costituzionale dovrà affrontare il tema dell'ammissibilità delle misure alternative al carcere per le persone condannate all'ergastolo *ostativo* e probabilmente, nella perdurante incapacità del legislatore di esprimere un testo coerente ai dettami della Consulta, quest'ultima dovrà, disegnare un nuovo tessuto normativo poiché già sembrano profilarsi ulteriori dubbi di incostituzionalità.

Forse, quello che occorre trovare, è un equilibrio in tema di tutela dei diritti *scomodi*, magari riuscire a trovare il modo per allontanare un concetto paternalistico di Stato e di Giustizia, per riscoprire il valore dell'Uomo: quella speranza che va contro ogni speranza e allontana da un'idea di costrizione come tortura.

Dalla lettura del volume, *Contro gli ergastoli*, si trova una via *Al posto degli ergastoli*: il prof. Giovanni Fiandaca (*Al posto degli ergastoli*) evidenzia che: “la pena detentiva a vita non può vantare titoli di legittimazione incontestabili, sia di principio che di efficacia preventiva”. Si sottolinea, dunque, il rischio di guardare alla prospettiva della riparazione con un eccesso di fiducia e di enfasi come “un nuovo farmaco psicologico da assumere senza indugio” per non sentire nei nostri animi quel disincanto che è l'ideale rieducativo<sup>34</sup>.

Quel che occorre è forse quello di sperimentare e discutere sulla questione più complessa, come poter dar senso a contenuti e scopi utili alla carcerazione dei mafiosi, al di là delle finalità di neutralizzazione della loro pericolosità criminale.

Quel che necessita è approfondire la questione di un percorso rieducativo che sia finalizzato

<sup>34</sup> G. Fiandaca, *Nota introduttiva*, in S. Cecchi, G. Di Rosa, P. Bonetti e M. Della Dora (a cura di), *Sulla pena. Al di là del carcere*, Macerata, 2013, p. 22. G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale online*, 28 novembre 2020. Per una disamina sulle alternative alla detenzione e sui numeri della pena carceraria negli altri Stati membri, si veda il volume di L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone e F. Resta, *Abolire il carcere*, cit., p. 85.

ad una verifica temporanea, per poter giungere all'effettivo reinserimento: perché il diritto a riconquistare la libertà è di ciascun individuo.<sup>35</sup>

Significative in tal senso, le parole di Anton Cechov: “l’assenza di termine della condanna e la consapevolezza che ogni speranza in un futuro migliore è vana, che nel condannato il cittadino è morto per sempre e che non esiste sforzo che possa riportarlo in vita, inducono a concludere che la pena capitale, non è stata abolita, bensì camuffata sotto altre vesti, meno scandalose per la sensibilità umana”.

Senza alcun dubbio, occorre interrogarsi circa la possibilità di disporre di strumenti alternativi per fronteggiare le ricorrenti minacce alla sicurezza derivanti dalle più gravi forme di criminalità individuale e collettiva. “Quanto all’obiettivo finale, [...] la pena, nel nostro ordinamento, non può aspirare a rimodellare globalmente la personalità del condannato”. “Quanto al metodo, l’imperativo della rieducazione deve tradursi in un’offerta rivolta al condannato, il quale potrà accoglierla o rifiutarla. Lo Stato non può imporre al reo alcun trattamento rieducativo, né l’autore del reato è tenuto a sottostarvi”<sup>36</sup>. Insomma, sembra che quella fase esecutiva non possa riportare a quell’idea, da molti condivisa di una *pace esecutiva* perché non più dominata dalla discrezionalità amministrativa ma da una giurisdizionalità, intesa come metodo.

Questo assunto trovava momentaneo riscontro nella l.n. 354/1975, vale a dire la riforma dell'esecuzione penale in chiave giurisdizionale di qui, in omaggio a quest'ultima l'esigenza, di una creazione della cosiddetta Magistratura di sorveglianza, garante, almeno in teoria della salvaguardia dei diritti, *rectius* delle prerogative del detenuto<sup>37</sup>.

Non sembra si siano colti tali insegnamenti, se la logica appare ancorata ad una detenzione come eliminazione della dimensione fisica e mentale dal contesto sociale.

La storia da quella data ad oggi, non ha dato concreti segnali di resipiscenza e di inversione del pensiero rispetto al passato.

Resta, *la speranza in un futuro migliore*, e per tali motivi il volume rappresenta un nobile impegno in ragione di una riflessione su una esecuzione penale ove il dinamismo è tutela

<sup>35</sup> G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

<sup>36</sup> Così, E. Dolcini, *Pena e Costituzione* in E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi e A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; cfr. altresì, G. Fiandaca, *Commento all’art. 27, comma 3 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222 ss.

<sup>37</sup> V. Garofoli, *La “negata” giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale e i rapporti (L.n.354/26 luglio 1975) tra organo amministrativo e organo giurisdizionale in executivis*, in *Unità e pluralità del sapere giuridico*, in *Nel diritto editore*, n. 1/2021; G. Spangher, *La progressiva “giurisdizionalizzazione” della fase esecutiva*, in *Unità e pluralità del sapere giuridico*, in *Nel diritto editore*, n. 1/2021.

dei principi di Giustizia e Umanità.

**Abstract:** Il contributo analizza il volume *Contro gli ergastoli* a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone e Andrea Pugiotto, evidenziando il volto attuale dell'ergastolo ostativo e delle misure che operano nella fase di esecuzione della pena. Attraverso il sistema multilivello di garanzie costituzionali e convenzionali, la pena dell'ergastolo, nelle recenti inversioni di rotta del Legislatore, rappresenta un limite alla speranza di ogni individuo e non può essere collegato alla collaborazione che, nel processo penale, legittima visioni distorte nell'accertamento della verità e abusi nell'utilizzo di misure custodiali.

**Abstract:** The paper analyzes the book *Contro gli ergastoli* edited by Stefano Anastasia, Franco Corleone and Andrea Pugiotto, highlighting the current face of life imprisonment and the measures that operate in the execution phase of the sentence.

Through the multilevel system of Constitutional and Conventional guarantees, the penalty of life imprisonment, in the recent reversals of course of the Legislator, represents a limit to the hope of each individual and cannot be linked to collaboration that, in the criminal process, legitimizes distorted visions in ascertaining the truth and abuses in the use of custodial measures.

**Parole chiave:** ergastolo – ostativo – collaborazione – rieducazione – garanzie costituzionali.

**Key words:** Life imprisonment – ostative – collaboration – re-education – constitutional guarantees.



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

Gaetano Bucci – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università del Salento

Marina Calamo Specchia – Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale comparato –  
Università di Bari “Aldo Moro”

Alessandra Camaiani – Avvocato del Foro di Prato

Nicola Dentamaro – Avvocato del Foro di Bari – Collaboratore alla cattedra di Diritto  
pubblico del Dipartimento di Economia e Finanza – Università di Bari “Aldo Moro”

Francesca Iole Garofoli – Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università  
di Bari “Aldo Moro”

Maria Chiara Girardi – Dottoranda in Diritti umani. Teoria, storia e prassi – Università di  
Napoli “Federico II”

Adele Del Guercio – Ricercatore t.d., lett. b) di Diritto internazionale – Università di Napoli  
L’Orientale

Tiziana Locatelli – Cultrice della Matera in Istituzioni di diritto pubblico – Unidolomiti di  
Belluno/SSML Istituto ad Ordinamento universitario “San Domenico” di Roma

Luca Longhi – Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università  
Telematica Universitas Mercatorum

Antonio Merlino – Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo – Università di Trieste

Nicola Maffei – Dottorando di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali  
e diritti fondamentali – Università di Bari “Aldo Moro”

Paola Mazzina – Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università di Napoli  
“Parthenope”

José Ramón Narváez Hernández – Doctorando en Derecho – Universidad de Chile

Ilaria Roberti – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università del Molise

Carlos Manuel Rosales – Dottore di ricerca in Teoria e storia del diritto – Università di  
Firenze

## 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 Vendaschi (Università di Milano “Bocconi”)

**Comitato Editoriale:** Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Karim Benyekhlef, Daniel Borrillo, Pierre Brunet, Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Spiritis Flogaitis, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfrellotti, 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