



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2023
ISSN 2421-0528

Direttori: Lorenzo Chieffi – Alberto Lucarelli – Andrea Patroni Griffi
Direttore responsabile: Alberto Lucarelli

SOMMARIO

Saggi

Emanuela De Falco – *Chi semina vento raccoglie tempesta? L'epilogo – non troppo scontato – della causa C-204/21, Commissione Europea c. Repubblica di Polonia* (p. 1)

Antonio Merlino – *I presupposti storico-filosofici dell'autonomia nella Provincia di Bolzano* (p. 24)

Anna Liguori – *Climate litigation before the European Court of Human Rights: some observations on the case Klimaseniorinnen and others V Switzerland* (p. 38)

Viviana Di Capua – *Emergenza e diritti fondamentali. Una riflessione comparata a partire dalla pandemia Covid-19 in Italia e Spagna* (p. 56)

Veronica Caporrino – *Il diritto soft nell'ondivago equilibrio tra aperture e chiusure applicative. Europa e Stati Uniti a confronto* (p. 95)

Francesco Zammartino – *La differenziazione dei poteri regionali nella prospettiva del progetto di legge Calderoli: alcuni spunti di riflessione* (p. 112)

Luigi Ferraro – *L'ergastolo ostativo e il sovraffollamento carcerario nel dialogo tra le Corti* (p. 135)

Matteo Di Donato – *The promotion of the rule of law in the decisions of the European Supranational Courts: a new Constitutions for Europe?* (p. 163)

Elena Rivieccio – *Alcune considerazioni a partire da "Diritto costituzionale e nuove tecnologie", a cura di Giampietro Ferri, Napoli, Edizioni Esi, 2022* (p. 174)

Fabio Raspadori – *Il Parlamento Europeo e l'araba fenice del collegio transnazionale* (p. 192)

Marina Calamo Specchia – *Dalla democrazia indiretta alla democrazia in diretta: l'impatto delle nuove tecnologie sulla crisi della democrazia rappresentativa* (p. 223)

Giuseppe Maria Palmieri – *La riforma dell'art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell'ambiente* (p. 247)

Donato Greco – *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani. La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale dichiara il Fondo per le vittime del Terzo Reich un rimedio equivalente alla tutela esecutiva* (p. 266)

Sergio Pignataro – *Le situazioni giuridico-soggettive tutelabili nel giudizio avverso il silenzio-inadempimento: spunti di riflessione* (p. 294)

Francesco Schiaffo – *Diritto alla salute e diritto punitivo nel sistema delle «Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»* (p. 331)

Paolo Piluso – *“Costituzione economica” e teoria della Costituzione materiale* (p. 357)

Simonetta Trozzi – *I dubbi di costituzionalità dell’istituto della revoca della cittadinanza ex art. 10-bis, l. n. 91/1992: profili critici di un automatismo sanzionatorio* (p. 429)

Giuliano Vosa – *In difesa di un costituzionalismo olistico: sull’inciso «in condizioni di parità con gli altri Stati» di cui all’articolo 11 della Costituzione* (p. 461)

Francesca Iole Garofoli – *L’interesse pubblico e il diritto di difesa. Regole e giudizio nel processo penale dopo la riforma Cartabia* (p. 512)

Maria Teresa Stile – *La progressiva evoluzione della procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime in una dimensione eurounitaria tra accelerazioni giurisprudenziali e rallentamenti normativi* (p. 527)

Forum – Elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri

Alberto Lucarelli – *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri* (p. I)

Daniela Mone – *Il ddl costituzionale sull’elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente* (p. VI)

Luca Longhi – *La riforma Meloni tra luci, ombre e margini di miglioramento* (p. XII)

Tommaso Edoardo Frosini – *Il premierato e i suoi nemici* (p. XVII)

Marco Ruotolo – *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale* (p. XXI)

Claudio De Fiores – *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale* (p. XXVI)

Michele Della Morte – *Uno vale tutti. Considerazioni critiche (a prima lettura) sul d.d.l. premierato* (p. XXX)

Fulvio Pastore – *Stravolgimento della forma di governo parlamentare nel ddl costituzionale, A.S. n. 935 della XIX Legislatura: la proposta di concentrazione del potere nelle mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"* (p. XXXVI)

Marina Calamo Specchia – *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare? Noterelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto non dica* (p. XLVIII)

Antonio Ruggeri – *Il premierato secondo il disegno Meloni: una riforma che non ha né capo né coda e che farebbe correre non lievi rischi* (p. LXI)

Francesco Zammartino – *Il progetto di revisione costituzionale del Governo Meloni: cambiare tutto per non cambiare niente* (p. LXXI)

Fulco Lanchester – *Il disegno di legge A.S. n. 935 2023* (p. LXXVII)

Fabrizio Politi – *Uno pseudo-premierato che nasconde la costituzionalizzazione di un sistema elettorale iper-maggioritario* (p. LXXXV)

Gaetano Azzariti – *Appunto per l'audizione innanzi alla I Commissione – Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2023 sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri (DDL nn. 935 e 830)* (p. XC)

Orlando Roselli – *Riforme costituzionali. La preliminare questione della strategia riformatrice* (p. XCVIII)

CHI SEMINA VENTO RACCOGLIE TEMPESTA? L'EPILOGO – NON TROPPO SCONTATO – DELLA CAUSA C-204/21, COMMISSIONE EUROPEA C. REPUBBLICA DI POLONIA*.

di Emanuela De Falco**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L'antefatto: la violazione sistemica al diritto dell'Unione europea. – 3. Le Conclusioni dell'Avvocato generale A. M. Collins. – 4. L'epilogo: la sentenza della Corte di giustizia. – 5. Il braccio di ferro tra le Corti europee e polacche. – 6. Considerazioni finali.

1

1. Introduzione.

Il 5 giugno 2023 la Grande Sezione della Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza¹ nella causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia* (in prosieguo: la sentenza in commento) con la quale ha apposto un tassello definitivo alla tanto complessa quanto annosa questione dell'indipendenza della magistratura in Polonia. In particolare, la Corte di giustizia, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Collins², ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della riforma approvata dall'esecutivo polacco nel 2019 le cui disposizioni modificano la legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari in Polonia e sulla Corte suprema (in prosieguo: le norme contestate).

La sentenza in commento prende avvio da un ricorso per inadempimento del 1° aprile 2021, in cui la Commissione europea ha chiesto alla Corte di giustizia non solo l'accertamento

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in EU Law and Circular Economy – Università di Napoli Parthenope.

¹ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442.

² Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, punto 37. Tuttavia, mentre l'Avvocato generale suggeriva alla Corte di giustizia di accogliere quattro delle cinque censure mosse dalla Commissione europea, la Corte di giustizia le ha accolte tutte (*infra*, parr. 3 e 4).

della violazione di diverse norme di diritto dell'Unione, ma anche l'adozione di misure provvisorie per sospendere l'applicazione delle norme contestate³.

Il processo che ha condotto al graduale smantellamento dello Stato di diritto in Polonia è cominciato nel 2015, quando il partito politico *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS o Diritto e Giustizia) ha conquistato la vittoria elettorale. Come sottolineato in dottrina, l'obiettivo principale delle autorità polacche è stato fin dall'inizio quello di ripristinare un "sistema giudiziario di tipo sovietico"⁴. A partire dal 2017, esse hanno avviato una profonda riforma del sistema giudiziario⁵, con lo scopo di minare l'equilibrio garantito dal principio della separazione dei poteri e quindi assoggettare il sistema giudiziario al controllo dei rami esecutivo e legislativo⁶.

È opportuno ricordare che il principio dell'indipendenza giudiziaria è uno dei valori fondamentali del diritto dell'Unione europea, affermato dall'art. 19 TUE e riconosciuto come parte della più ampia categoria delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁷, richiamati nell'art. 2 TUE. Questo principio, dal carattere "tridimensionale"⁸,

³ Corte Giust., Ricorso introdotto dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia il 1° aprile 2021, C-204/21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62021CN0204>.

⁴ L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on Rule Law*, vol. 13, 24 marzo 2021, pp. 1–43. Sull'importanza di invertire questo processo di regressione intervenendo attraverso politiche interne agli Stati membri, si veda: T. Drinóczi, *The EU Cannot Save Us: Why Poland and Hungary need resilience, not future-oriented reforms of EU enforcement mechanisms*, in *VerfBlog*, 7 luglio 2021.

⁵ Commissione di Venezia, parere n. 904/2017, par. 35 e seguenti; COM(2017)835 final, Proposta motivata in conformità all'art. 7, par. 1, TUE in merito allo Stato di diritto in Polonia, par. 133 e segg. In dottrina, W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, p. 96 e ss.

⁶ Lo scenario è stato descritto con le seguenti parole "an enslaved court leads to an enslaved nation", cioè "Una corte asservita porta a una nazione asservita". Si rinvia a: *Thousands in Poland protest against latest judicial reforms*, in *Reuters*, 18 dicembre 2019, www.reuters.com.

⁷ I valori dell'art. 2 TUE non rientrano in senso stretto nell'*acquis* ordinario, provenendo, piuttosto, da «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Questo assunto deriva dall'art. 6, par. 3, TUE e stabilisce: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». In dottrina, F. G. Jacobs, *The sovereignty of law: The European way*, Cambridge, 2007.

⁸ L'espressione è di L. S. Rossi, *Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom Security and Justice*, n. 1/2021, p. 7. Si rinvia anche a Corte Giust., sentenza del 9 luglio 2020, *Land Lessen*, causa C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535. In *Land Lessen* la Corte di giustizia ha annoverato principio dell'indipendenza giudiziaria nella lettera dell'art. 2 TUE, facendolo rientrare tra i valori appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Inoltre, essa (1) ha statuito che l'art. 19 TUE «concretizza» il valore dello Stato di diritto e ogni Stato membro «deve assicurare» che le proprie corti o i propri tribunali «soddisfino i requisiti di un'effettiva tutela giurisdizionale» istituendo «un sistema di ricorsi e procedure giudiziarie»; (2) ha fissato l'indipendenza quale requisito sostanziale nell'assicurare ai singoli il diritto ad un giudice indipendente e imparziale, ampliando la portata dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE attraverso l'art. 19 TUE, nella misura in cui si vieta qualsiasi misura nazionale che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici rispetto alla possibilità di decidere in merito all'applicazione del diritto dell'Unione; (3) ha dichiarato che l'indipendenza è tra le prerogative per la qualifica di «organo giurisdizionale» ai fini dell'attivazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE [Corte Giust., sentenza del 9 luglio 2020, *Land Lessen*, cit., punto 45]. Per un maggior approfondimento, P. Bárd, *In courts we trust, or should*

richiede agli Stati membri di assicurare che i propri giudici siano liberi da pressioni politiche, economiche o di altro tipo, che possano decidere in modo indipendente sulle cause che vengono loro sottoposte, senza alcuna interferenza da parte di altri poteri dello Stato o di terzi.

L'Unione europea ha sempre attribuito particolare risalto alla protezione dell'indipendenza giudiziaria e alla tutela dei diritti dei suoi cittadini. A tal fine, le Istituzioni europee hanno intrapreso una serie di azioni volte a contrastare queste violazioni⁹, avviando diversi procedimenti di infrazione nei confronti della Polonia per il mancato rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea¹⁰.

Inoltre, la Corte di giustizia ha affermato che le riforme attuate in Polonia minano l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici¹¹, di conseguenza, la capacità dei tribunali polacchi di fornire una tutela giurisdizionale effettiva¹², anche nei confronti dei cittadini.

Scopo del presente contributo sarà quello di porre l'attenzione del lettore sulle vicende scaturite dalla sentenza in commento. Saranno presi in considerazione il contesto intorno al quale essa si sviluppa, le censure mosse dalla Commissione europea alla Polonia rispetto alle norme contestate della legge di riforma, l'analisi svolta dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, l'epilogo che ha condotto alla condanna della Polonia lo scorso 5 giugno e le ricadute che tale vicenda può avere in termini di legittimazione politica.

we? *Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, 2022, p. 13.

⁹ Per una ricostruzione generale della reazione delle istituzioni europee alla violazione dello Stato di diritto da parte della Polonia si vedano G. Delledonne, *“Un evidente rischio di violazione grave” dello Stato di diritto: qualche osservazione sulle più recenti iniziative della Commissione europea nei confronti della Polonia*, in *Diritti Comparati*, 15 gennaio 2018; N. Lazzerini, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018; M. Aranci, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, n. 1/2019, p. 271 ss.

¹⁰ Rispetto agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, ai fini della trattazione è utile richiamare il celebre caso *Van Gend en Loos* del 1963, in cui la Corte di giustizia ha affermato che la Comunità europea costituisce un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale» che «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi». Corte Giust., sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, punti 22 e 23.

¹¹ I concetti di indipendenza e imparzialità vanno letti su un piano di equivalenza, come riferito dalla Corte Giust., sentenza del 21 gennaio 2020, *Banco de Santander*, causa C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17.

¹² Con ciò violando l'onere in capo agli Stati membri di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali atto a soddisfare i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. Corte Giust., sentenza del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, causa C-824/18, punti 8, 109 e 112, ECLI:EU:C:2021:153. Sull'effettività della tutela giurisdizionale, si rinvia a G. Gentile, *Effective judicial protection: enforcement, judicial federalism and the politics of EU law*, in *European Law Open*, 2022, p. 4 e ss.

2. L'antefatto: la violazione sistemica al diritto dell'Unione europea.

Con ricorso presentato il 1° aprile 2021¹³, la Commissione europea ha chiesto alla Corte di giustizia di sospendere l'applicazione della legge che opera la riforma del sistema giudiziario in Polonia del 20 dicembre 2019 (in prosieguo: la legge di riforma) perché contraria al diritto dell'Unione. Attraverso tale ricorso, la Commissione europea ha mosso censure relativamente alle norme contestate della legge di riforma¹⁴, che riguardano l'attribuzione alla Sezione disciplinare della Corte suprema polacca della competenza a giudicare, sia in prima che in seconda istanza, le richieste di autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti dei giudici, di metterli in detenzione provvisoria, di arrestarli o di citarli a comparire davanti ad essa; nonché la competenza a giudicare i casi connessi allo status dei giudici della Corte suprema polacca, in particolare nei casi relativi al pensionamento obbligatorio¹⁵. Ancora, il riconoscimento della giurisdizione esclusiva alla Sezione di revisione straordinaria e degli affari pubblici della Corte suprema polacca ad esaminare i reclami relativi alla mancanza di indipendenza di un giudice o di un tribunale, ovvero la possibilità di sottoporre alla responsabilità disciplinare i giudici per aver vigilato¹⁶ sul rispetto dei requisiti di indipendenza e imparzialità di un tribunale precedentemente istituito per legge¹⁷; nonché esigere da ogni giudice informazioni sulla sua appartenenza ad un'associazione o partito politico prima che esso entri nel pieno

¹³ Corte Giust., Ricorso introdotto dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia il 1° aprile 2021, C-204/21, G.U. C 252/10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CN0204>.

¹⁴ *Ibidem*. La Commissione fa riferimento all'art. 42a, parr. 1 e 2, e all'art. 55, par. 4, della legge che disciplina l'ordinamento giudiziario ordinario in Polonia, nonché all'art. 26, parr. Da 2 a 6, all'art. 29, parr. 2 e 3 e all'art. 82, parr. da 2 a 5, della legge che disciplina la Corte suprema, nella versione modificata dalla legge di riforma, nonché all'art. 10 della legge di modifica e l'art. 5, parr. 1a e 1b, della legge che disciplina gli organi giudiziari amministrativi in Polonia, nella versione modificata con la legge del 20 dicembre 2019.

¹⁵ È utile segnalare: Corte Giust., sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, punto 48. Ivi, la Corte di giustizia ha stabilito che la legge sul pensionamento anticipato dei giudici polacchi della Corte suprema polacca ha violato il diritto dell'Unione e ha ribadito che la garanzia dell'indipendenza degli organi giurisdizionali costituisce un vincolo specifico per gli Stati membri, che l'effettività della tutela giurisdizionale, come prevista dall'art. 19, par. 1, TUE, è un principio generale del diritto dell'UE e che l'assenza di attuazione del diritto dell'UE è irrilevante ai fini della sua invocazione, nella misura in cui tali norme devono essere concepite secondo il diritto dell'Unione.

¹⁶ Corte Giust., *Ricorso introdotto dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia il 1° aprile 2021*, C-204/21, cit. La Commissione censura in particolare l'art. 107, par. 1, punti 2 e 3, della legge sull'ordinamento giudiziario ordinario, e l'art. 72, par. 1, punti da 1 a 3, della legge che disciplina la Corte suprema, nella versione modificata dalla legge di riforma.

¹⁷ *Ibid.* Inoltre, i concetti di indipendenza e imparzialità vanno letti su un piano di equivalenza, come riferito dalla Corte Giust., sentenza del 21 gennaio 2020, *Banco de Santander*, causa C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17.

esercizio delle sue funzioni¹⁸.

Dunque, secondo la Commissione europea, le norme contestate relative alla legge di riforma hanno violato i principi di indipendenza e imparzialità dei giudici, ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: CDFUE) relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, il principio del primato del diritto, l'art. 267 TFUE pertinente al procedimento di rinvio pregiudiziale, nonché gli artt. 7 e 8, par. 1, CDFUE e l'art. 6, par. 3, e l'art. 9, par. 1, del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (in prosieguo: GDPR), che garantiscono il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali.

Qualche mese dopo, il 14 luglio 2021, la Corte di giustizia ha emesso un'ordinanza provvisoria¹⁹ nell'ambito della causa oggetto della sentenza in commento, con cui ha ordinato²⁰ alla Polonia di sospendere le norme contestate della legge di riforma che conferivano alla Sezione disciplinare della Corte suprema la giurisdizione esclusiva nei casi relativi all'avvio di procedimenti penali contro i giudici, nonché alla gestione del loro status, impiego e sicurezza sociale²¹. Inoltre, la Corte di giustizia ha ordinato alla Polonia di sospendere diverse disposizioni introdotte sempre dalla legge di riforma che vietano ai tribunali di verificare il rispetto dei requisiti di indipendenza giudiziaria ai sensi del diritto dell'UE²².

Nella stessa ordinanza, riprendendo la propria precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha poi osservato²³ che il diritto dell'Unione prevede un duplice obbligo per i tribunali nazionali, vale a dire controllare la legittimità della propria composizione e, a seconda del contesto procedurale, anche l'indipendenza giudiziaria dei loro pari.

Tuttavia, sempre il 14 luglio 2021, il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato con

¹⁸ Ibid. Qui gli articoli richiamati dalla Commissione sono l'art. 88a della legge sull'ordinamento giudiziario ordinario, l'art. 45, par. 3, della legge che disciplina la Corte suprema e l'art. 8, par. 2, della legge sugli organi giurisdizionali amministrativi, nella versione modificata dalla legge di riforma.

¹⁹ Corte Giust., ordinanza del 14 luglio 2021, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-204/21.

²⁰ L'art. 279 TFUE prevede infatti la possibilità per la Corte di giustizia, «negli affari che le sono proposti», di ordinare i provvedimenti provvisori necessari.

²¹ Corte Giust., ordinanza del 14 luglio 2021, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, cit., punti 79–153.

²² Ivi, punti 154–192.

²³ Ivi, punti 163–167 e 168–170. Si rinvia ai criteri espressi in Corte Giust., sentenza del 26 marzo 2020, *Simpson c. Consiglio e HG c. Commissione*, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232; Corte Giust., sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, cause riunite C-585/18, C-624/19, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

la sentenza P 7/20, ove ha considerato *ultra vires* e quindi incompatibili con la Costituzione polacca le suddette ordinanze provvisorie della Corte di giustizia relative alla struttura organizzativa, al funzionamento dei tribunali polacchi e alle modalità di svolgimento dei procedimenti dinanzi a tali tribunali²⁴. Di conseguenza, il 16 agosto 2021, il Tribunale costituzionale polacco ha chiesto alla Corte di giustizia di revocare la sua ordinanza del 14 luglio 2021, sulla base dell'art. 163 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia in ragione di un «mutamento delle circostanze»²⁵.

Il 7 settembre 2021, la Commissione europea ha sostenuto che, sulla base delle informazioni fornite dalla Repubblica di Polonia nella lettera del 16 agosto 2021, non risultava che quest'ultima avesse adottato tutte le misure necessarie per eseguire i provvedimenti provvisori disposti nell'ordinanza del 14 luglio 2021. Per questi motivi, la stessa Commissione ha chiesto alla Corte di giustizia di ingiungere alla Polonia il pagamento di una penalità giornaliera. Con ordinanza del 6 ottobre 2021, la vicepresidente della Corte di giustizia ha respinto la domanda della Polonia di rivalutare la sua ordinanza del 14 luglio 2021 sulla base di un (preteso) «mutamento delle circostanze»²⁶. Successivamente, il 27 ottobre 2021, la Corte di giustizia ha accolto la richiesta della Commissione nella sentenza oggetto di commento e ha ordinato alla Polonia ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE il pagamento di una penalità giornaliera di 1 milione di euro fino a quando lo Stato membro non si fosse conformato alla precedente ordinanza provvisoria o fino alla chiusura del procedimento.

È evidente che la vicenda processuale percorsa dalla causa oggetto della sentenza in commento ha concesso alla Corte di giustizia l'occasione per intensificare la pressione sugli Stati membri inadempienti trasformando le ordinanze provvisorie ai sensi dell'art.

²⁴ Trybunał Konstytucyjny, sentenza del 14 luglio 2021, P 7/20, www.trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/P7/20. Le norme cui il Tribunale costituzionale polacco riferiva l'incompatibilità sono il combinato disposto degli artt. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE con le norme della Costituzione polacca (art. 91) che regolano l'adattamento del diritto polacco al diritto dell'Unione, relativamente alla sospensione cautelare della normativa nazionale ritenuta contrastante con il diritto dell'Unione europea. Si rinvia a R. Palladino, A. Festa, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoni logici tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *Eurojus*, n. 2/2022, p. 60; C. Sanna, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *Eurojus*, dicembre 2021.

²⁵ Art. 163 Reg. proc.: «Su richiesta di una parte, l'ordinanza può essere modificata o revocata in qualsiasi momento, in seguito a un mutamento di circostanze».

²⁶ Corte Giust., ordinanza del 6 ottobre 2021, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-204/21, punti da 18 a 24; si fa riferimento all'art. 163 Reg. proc., cit. Più di recente, la Commissione ha respinto la richiesta del governo polacco di bloccare le multe giornaliere di 1 milione di euro che la Polonia deve pagare per non aver rispettato la misura provvisoria del Tribunale dell'Ue, che ordina la sospensione della Sezione disciplinare della Corte suprema, 14 aprile 2023 <https://euractiv.it/section/capitali/news/la-commissione-ue-respinge-richiesta-polonia-su-blocco-pagamento-multe/>.

279 TFUE in uno strumento molto incisivo²⁷.

Su invito del Parlamento europeo²⁸, il 22 dicembre 2021 la Commissione europea ha avviato la procedura di infrazione contro la Polonia²⁹. La risposta della Repubblica di Polonia pervenuta il 18 febbraio 2022 è stata ritenuta inadeguata dalla Commissione europea perché non ha tenuto conto dei rilievi precedentemente espressi. Per tale motivo, il 15 luglio 2022 la Commissione ha deciso di passare alla fase successiva della procedura di infrazione, inviando un parere motivato alla Polonia, concedendole due mesi per adottare le misure necessarie per conformarsi al diritto dell'Unione³⁰. Tuttavia, il 15 febbraio 2023, quindi dopo ben sei mesi, la Commissione europea ha deferito la Polonia alla Corte di giustizia per violazioni del diritto dell'UE da parte del Tribunale costituzionale polacco³¹. Eppure, il 21 aprile 2023, la vicepresidente della Corte di giustizia ha rivalutato l'importo della penalità e ha convenuto la sua riduzione alla cifra di 500 mila euro al giorno, in ragione di un rinnovato «mutamento delle circostanze» (art. 163 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia). In base alle valutazioni della vicepresidente, il «mutamento delle circostanze» che ha giustificato la diminuzione dell'importo dovuto a titolo di penalità, sarebbe derivato dall'adozione da parte della Polonia di alcune disposizioni che hanno come effetto quello di rafforzare i rimedi giuridici messi a disposizione dei giudici che sono stati raggiunti da procedimenti disciplinari e consentire

²⁷ La penalità giornaliera di 1 milione di euro (ora 500 mila euro) va a sommarsi alla penalità giornaliera di 100.000 euro sempre contro la Polonia nel caso della *foresta di Białowież* e a quella di 500.000 euro nel caso della *miniera di Turów*. Questo dimostra la portata ampia dell'art. 279 TFUE, che consente alla Corte di giustizia di prescrivere "in tutte le cause di cui è investita ... qualsiasi misura provvisoria necessaria". Si rinvia a L. D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, n. 3/2022.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE (2021/2935(RSP)) in GU C 184 del 5.5.2022, punto 12.

²⁹ Si legge nelle motivazioni che: «tale giurisprudenza del Tribunale costituzionale [ha] violato i principi generali di autonomia, primato, efficacia e uniforme applicazione del diritto dell'Unione, nonché l'effetto vincolante delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea». Commissione europea, comunicato stampa del 22 dicembre 2021, *Stato di diritto: La Commissione avvia una procedura d'infrazione contro la Polonia per violazioni del diritto UE da parte del suo Tribunale costituzionale*, [lettera di costituzione in mora], INFR(2021)2261, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/IP_21_7070. Si segnala che tale misura ha ad oggetto sia la sentenza P 7/20 del 14 luglio 2021, che la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021. Quest'ultima sarà affrontata in seguito.

³⁰ Commissione europea, pacchetto infrazioni di luglio 2022, *Stato di diritto: la Commissione passa alla fase successiva della procedura di infrazione nei confronti della Polonia per violazioni del diritto dell'Unione da parte del Tribunale costituzionale*, [parere motivato], INFR(2021)2261, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/inf_22_3768.

³¹ Commissione europea, comunicato stampa del 15 febbraio 2023, *La Commissione europea decide di deferire la Polonia alla Corte di giustizia dell'Unione europea per violazioni del diritto dell'UE da parte del suo Tribunale costituzionale*, [ricorso alla Corte], INFR(2021)2261, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_842.

loro la verifica del rispetto dei requisiti relativi all'indipendenza e all'imparzialità di un proprio pari³². Ciò detto, però, sino alla pronuncia pervenuta lo scorso 5 giugno (*infra*, par. 4).

3. Le Conclusioni dell'Avvocato generale A. M. Collins.

Ai fini del presente contributo meritano particolare attenzione le conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 15 dicembre 2022. Egli nel formulare le conclusioni nell'ambito della sentenza in commento ha suggerito alla Corte di giustizia di accogliere le censure mosse dalla Commissione poiché le norme contestate della legge di riforma polacca violano il diritto dell'Unione³³.

Come anticipato, in base alle censure mosse nel ricorso presentato dalla Commissione europea, le norme contestate sono contrarie al diritto dell'Unione³⁴ nella misura in cui attribuiscono alla Sezione disciplinare della Corte suprema polacca una competenza particolarmente estesa nel giudicare le richieste di autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti dei giudici o i casi relativi allo status e al pensionamento obbligatorio dei giudici della Corte suprema polacca; nonché l'attribuzione della giurisdizione esclusiva alla Sezione di revisione straordinaria e degli affari pubblici della Corte suprema polacca ad esaminare i reclami relativi alla mancanza di indipendenza di un giudice o di un tribunale ovvero sottoporre alla responsabilità disciplinare i giudici che intendono proporre un rinvio pregiudiziale e esigere da ogni giudice informazioni riservate³⁵.

Con riferimento alla censura della Commissione europea riguardante la competenza esclusiva della Sezione straordinaria della Corte suprema ad esaminare i ricorsi e le questioni giuridiche concernenti la mancanza di indipendenza di un organo giurisdizionale, l'Avvocato generale ha sostenuto che l'attribuzione di tale competenza, *di per sé*, non impedisce ai giudici nazionali di verificare l'indipendenza di un organo giurisdizionale.

³² Corte Giust., ordinanza del 21 aprile 2023, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-204/21, ECLI:EU:C:2023:334, punti 25 a 109. Qui il comunicato stampa: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-04/cp230065it.pdf>.

³³ Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, causa C-204/21, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*.

³⁴ Corte Giust., Ricorso introdotto dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia il 1° aprile 2021, C-204/21, cit. La Commissione rileva la non conformità delle disposizioni polacche con gli artt. 19, paragrafo 1, TUE, 47 CDFUE, 267 TFUE, 7, 8, par. 1, CDFUE, nonché l'art. 6, par. 3, e dall'art. 9, par. 1, GDPR.

³⁵ *Ibidem*.

Infatti, se i giudici nutrono dubbi sull'indipendenza di un organo, essi possono rinviare la questione alla Sezione Straordinaria della Corte suprema per una decisione. In effetti, l'Avvocato generale ha anche fatto notare – e non ha mancato di evidenziare l'incredulità rispetto a tale omissione – che la Commissione europea non ha reso esplicite le modalità di nomina dei giudici della Sezione straordinaria della Corte suprema, così impedendo alla Corte di pronunciarsi in tal senso³⁶.

Per questi motivi, l'Avvocato generale ha suggerito alla Corte di giustizia di respingere la censura mossa dalla Commissione riguardo alla competenza esclusiva della Sezione Straordinaria della Corte suprema in virtù del principio di autonomia procedurale, che stabilisce il diritto dello Stato membro di definire la sua struttura giurisdizionale e le modalità dei ricorsi, purché ciò corrisponda ai principi di effettività ed equivalenza³⁷. Tale valutazione dell'Avvocato generale è dovuta, perciò, alla carente argomentazione della Commissione rispetto alla censura mossa.

Per quanto riguarda, invece, la censura relativa alla norma della legge di riforma che impedisce, *de iure* e *de facto*, ai giudici polacchi di verificare l'indipendenza dei propri pari, l'Avvocato generale ha evidenziato che tale disposizione è talmente ampia da escludere la possibilità per i giudici nazionali di esaminare questioni relative all'indipendenza del collegio giudicante, così come richiesto dalla sentenza *Simpson*³⁸. Pertanto, l'Avvocato generale ha suggerito alla Corte di giustizia di dichiarare che la norma contestata della legge di riforma viola l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e l'art. 47 CDFUE³⁹. Dello stesso avviso della Commissione europea, l'Avvocato generale ha ritenuto vaghe⁴⁰ quelle norme della legge di riforma nella misura in cui – prevedendo l'impossibilità di procedere all'esame, da parte di un giudice, del rispetto dei requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge – creano un rischio evidente che la proposizione di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE possa essere considerata un illecito disciplinare⁴¹. Infatti,

³⁶ Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, cit., punto 90 e giurisprudenza ivi riportata.

³⁷ Ivi, punto 95; Corte Giust., sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, cause riunite C-585/18, C-624/19, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982. Per una analisi compiuta dei principi di effettività ed equivalenza si rinvia a A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *DUE*, n. 3/2019.

³⁸ Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, cit., punti 140-142 e 145, 146; Corte Giust., sentenza del 26 marzo 2020, *Simpson*, cause C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, punto 55.

³⁹ Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, cit., punto 147.

⁴⁰ Ivi, punti 180 e ss.

⁴¹ Quanto detto si pone in evidente contrasto con la linea assunta dai redattori dei Trattati, i quali hanno «chiaramente configurato il procedimento di rinvio pregiudiziale come uno strumento di “dialogo tra giudici”

quanto evidenziato rischierebbe di contrastare con la necessità di garantire l'indipendenza dei giudici, così come stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *LM*⁴². Di conseguenza, poiché la Sezione disciplinare della Corte suprema non soddisfa i requisiti di indipendenza e imparzialità⁴³, vi è un maggiore rischio che le norme contestate della legge di riforma possano generare dubbi tali da far sì che esse siano interpretate in modo da facilitarne l'influenza sulle decisioni giudiziarie.

Rispetto alla censura concernente la competenza della Sezione disciplinare della Corte suprema a decidere su cause che hanno un impatto diretto sullo status dei giudici in Polonia, l'Avvocato generale ha sottolineato che, nonostante la Sezione disciplinare non rispecchi i requisiti di organo giurisdizionale⁴⁴, le norme contestate della legge di riforma hanno conferito ad essa la competenza a decidere in merito a queste questioni. Tuttavia, la Corte di giustizia aveva precedentemente stabilito che la Sezione disciplinare non soddisfa i requisiti di indipendenza e imparzialità e che la "ristrutturazione"⁴⁵ del Consiglio Nazionale della Magistratura può comportare un rischio di lesione maggiore dell'indipendenza dell'organo. Di conseguenza, siffatte norme che vietano ai giudici di esaminare questioni riguardanti l'indipendenza di un organo giurisdizionale e il relativo regime disciplinare e che conferiscono alla Sezione disciplinare la competenza esclusiva su tali questioni violano il requisito di un giudice indipendente e imparziale ai sensi del diritto dell'Unione⁴⁶.

Dunque, dall'analisi sin qui condotta dall'Avvocato generale alle censure mosse dalla Commissione europea emerge che le suddette disposizioni contenute nella legge di riforma violano i principi di indipendenza e imparzialità dei giudici, ai sensi dell'art. 19, par. 1,

[...] per far sì che i giudici nazionali e i giudici dell'Unione collaborino come se appartenessero a un'unica comunità di diritto». Sul punto si rinvia alle Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl, del 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punto 51.

⁴² Corte Giust., sentenza del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punto 67. È bene ricordare, tuttavia, che è a partire dalla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP) che la Corte di giustizia ha esteso la tutela dell'indipendenza della magistratura, nell'ambito del principio dello Stato di diritto. Essa ha statuito che l'art. 19 TUE «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato nell'art. 2 TUE» e poiché «l'Unione si fonda su valori, come lo Stato di diritto, che sono comuni agli Stati membri», esiste un principio di *mutual trust* tale per cui ogni Stato membro deve assicurare «un sistema di ricorsi e procedure giudiziarie» ove i giudici «soddisfino i requisiti di un'effettiva tutela giurisdizionale», Corte Giust., sentenza del 27 febbraio 2018, ASJP, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, punti 30, 32, 40.

⁴³ Corte Giust., sentenza del 15 luglio 2021, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-791/19, cit.

⁴⁴ Rispetto alla nozione di «organo giurisdizionale», si rimanda a sentenza della Corte del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*.

⁴⁵ Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, cit., punto 210. Infatti, la maggior parte dei membri precedentemente nominati dalla magistratura sono ora nominati dalle autorità legislative ed esecutive. Questi cambiamenti sono stati confermati dal Tribunale costituzionale polacco, cfr. sentenza del 25 marzo 2019, K 12/18.

⁴⁶ Ivi, punto 213.

TUE e dell'art. 47 CDFUE relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, il principio del primato del diritto e l'art. 267 TFUE relativo al procedimento di rinvio pregiudiziale.

Venendo, infine, alla censura concernente l'obbligo in capo ad ogni giudice di comunicare le informazioni sulla propria appartenenza ad un'associazione o partito politico prima che quest'ultimo entri nel pieno esercizio delle sue funzioni, l'Avvocato generale ha ritenuto che la sezione della legge di riforma relativa alla pubblicazione delle suddette informazioni *sensibili* non sia proporzionata né necessaria al fine di raggiungere l'obiettivo di accrescere l'imparzialità dell'organo⁴⁷ e sia quindi incompatibile con gli artt. 7 e 8 CDFUE, con l'art. 6, par. 3, e con l'art. 9, par. 1, GDPR. Inoltre, l'obbligo di pubblicare simili informazioni limiterebbe il diritto dei giudici al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali⁴⁸.

Ebbene, il ragionamento condotto dall'Avvocato generale Collins sembra riprendere le parole dell'Avvocato generale Bobek riportate nelle sue conclusioni alla causa *X, Z*: «L'indipendenza dei giudici non consiste (solo) nell'accertare ex post che qualcosa è già accaduto. Si tratta soprattutto di mettere in atto sufficienti garanzie ex ante, in modo che certe cose non possano accadere»⁴⁹.

Dunque, il ragionamento tracciato dall'Avvocato generale Collins mostra il richiamo (se non l'auspicio) ad una forma di “tutela preventiva” volta a evitare che i giudici possano essere soggetti ad ogni forma di pressione diretta o indiretta, reale o potenziale.

4. L'epilogo: la sentenza della Corte di giustizia.

L'argomentazione sostenuta dall'Avvocato generale Collins nelle sue conclusioni è stata accolta dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento. Va rilevato, però, che la Corte di giustizia si è pronunciata su tutte e cinque le censure oggetto del ricorso proposto dalla Commissione, contrariamente a quanto suggeritole dall'Avvocato generale⁵⁰.

⁴⁷ Ivi, punto 233 e giurisprudenza riportata. In tal caso, le limitazioni previste dalle disposizioni della legge di riforma non sono pertanto giustificabili perché non rispondono ai criteri della necessità ed effettività (punti 236 e 239).

⁴⁸ Ivi, punto 217.

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, 6 ottobre 2021, causa C-245/20, *X, Z c. Autoriteit persoonsgegevens*, ECLI:EU:C:2021:822., punto 86.

⁵⁰ L'Avvocato generale aveva richiesto l'accoglimento solo di quattro delle cinque censure, (*supra*, par 3).

Nel merito, la Corte di giustizia ha constatato che le norme contestate della legge di riforma pregiudicano l'indipendenza dei giudici garantita dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 47 CDFUE e, inoltre, violano, da un lato, gli obblighi imposti ai giudici nazionali in forza del meccanismo del rinvio pregiudiziale e, dall'altro, il principio del primato del diritto dell'Unione. Inoltre, le disposizioni che istituiscono i meccanismi di accertamento nei confronti dei giudici e la pubblicazione online dei dati così raccolti violano il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali sanciti dalla CDFUE e dal GDPR.

Venendo, quindi, all'analisi della sentenza in commento, la Corte di giustizia ha precisato la propria competenza esclusiva a pronunciarsi sulle censure sollevate dalla Commissione relativamente alle violazioni dell'art. 19, par. 1, TUE, in combinato disposto con l'art. 47 CDFUE e del principio del primato del diritto dell'Unione. Tali norme hanno effetto diretto e impongono agli Stati membri un obbligo chiaro e preciso di raggiungere un risultato che non è soggetto ad alcuna condizione, il che implica, conformemente al principio del primato del diritto dell'Unione, la disapplicazione di qualsiasi disposizione, giurisprudenza o prassi nazionale contraria a tali norme⁵¹.

Allo scopo, la Corte di giustizia non ha mancato di ricordare che l'Unione si fonda su valori comuni agli Stati membri (art. 2 TUE) e che il rispetto e la promozione di tali valori costituisce condizione preliminare per l'adesione all'Unione (art. 49 TUE), nonché la premessa fondamentale della fiducia reciproca tra gli Stati membri. Il rispetto di tali valori da parte di uno Stato membro rappresenta quindi una condizione per il godimento di tutti i diritti che gli stessi Stati membri derivano dai Trattati. Non può perciò essere ridotto ad un obbligo a cui uno Stato candidato è tenuto nella prospettiva dell'adesione all'Unione e dal quale potrebbe dispensare dopo l'adesione⁵².

Neppure può valere l'argomento della preservazione dell'identità nazionale di ciascuno ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE⁵³, dal momento che ogni Stato membro è infatti tenuto a

⁵¹ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti 78 e 79.

⁵² Ivi, punti 67, 68 e giurisprudenza ivi citata. Si rammenta che l'obiettivo dichiarato dei criteri di Copenhagen era di raggiungere la «completa depoliticizzazione dei criteri» e di renderli non più una «lista di desideri», ma uno strumento efficacemente utilizzabile per governare il processo di adesione. Si rinvia a D. Kochenov, *Behind the Copenhagen Facade. The Meaning and Structure of the Copenhagen Political Criterion of Democracy and the Rule of Law*, European Integration Online Papers, vol. 8, fasc. 10, 2004, p. 6.

⁵³ Ivi, punti 72 e 73. In dottrina, si rinvia a P. Bard, N. Chronowski e Z. Fleck, *Use, Misuse and Abuse of Constitutional Identity in Europe*, in *CEU working papers* 2023/06; G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, n. 3, 2020.

prevedere⁵⁴ un sistema di rimedi giurisdizionali che garantiscano ai singoli il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Pertanto, posti i rispettivi modelli costituzionali e sebbene l'organizzazione della giustizia rientra nella competenza degli Stati membri, in virtù del principio di autonomia procedurale, questi non possono sottrarsi in alcun modo con disposizioni di legge o attraverso giurisprudenza interne, neanche costituzionali⁵⁵ al rispetto degli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione⁵⁶, ma sono vincolati a evitare qualsiasi regressione normativa alla luce del valore dello Stato di diritto, in particolare, astenendosi⁵⁷ dall'adottare norme che pregiudicherebbero l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici chiamati a interpretare e applicare il diritto dell'Unione.

Per quanto riguarda il merito delle censure sollevate dalla Commissione, in relazione alle norme applicabili al regime disciplinare dei giudici⁵⁸, la Corte di giustizia ha dichiarato, innanzitutto, che conferendo alla Sezione disciplinare della Corte suprema, la cui indipendenza e imparzialità è dubbia, il potere di pronunciarsi su cause che hanno un'incidenza diretta sullo status e sull'esercizio delle funzioni di giudice e di giudice aggiunto, come le cause relative alla revoca dell'immunità penale dei giudici e al diritto del lavoro, alla previdenza sociale e al pensionamento dei giudici della Corte suprema, la Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. A tal riguardo, la Corte di giustizia ha ricordato che l'ordinamento giuridico dello Stato membro deve evitare qualsiasi rischio di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie o di pressioni nei confronti dei giudici, che potrebbero minare la fiducia che la giustizia deve ispirare nei singoli in una società democratica e nello Stato di diritto⁵⁹.

⁵⁴ Ivi, punto 69. Al riguardo, sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, punto 32.

⁵⁵ Ivi, punto 77 e giurisprudenza richiamata.

⁵⁶ Ivi, punto 63.

⁵⁷ Ivi, punto 74 e giurisprudenza citata. In particolare, sul "principio di non regressione", si rinvia a Corte Giust., sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, punti 63 e 64. In particolare, si legge nella pronuncia che: «Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare nell'art. 19 TUE. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici». In dottrina, M. Leloup, *Repubblika: Anything new under the Maltese Sun? The ECJ rules on the system of the appointment of judges in Malta*, in *VerfBlog*, 21 aprile 2021.

⁵⁸ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punto 100 e giurisprudenza richiamata.

⁵⁹ Ivi, punti 96 e ss. Da ultimo, la Commissione europea ha pubblicato l'8 giugno 2023 l'undicesimo *Quadro di valutazione UE della giustizia 2023*, che fornisce una panoramica annuale dei dati comparativi

La Corte di giustizia ha constatato che attraverso le norme contestate della legge di riforma che dichiarano illecita⁶⁰ la condotta di un giudice nazionale che verifica, qualora sorgano dubbi, il rispetto dei requisiti di organo giurisdizionale, ovvero dell'indipendenza e imparzialità in forza di legge, esercitando i compiti che gli sono attribuiti dai Trattati, la Polonia ha violato gli obblighi incombenti in forza del combinato disposto dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e art. 47 CDFUE e ai sensi dell'art. 267 TFUE. Ciò è aggravato, secondo la Corte di giustizia, dalla circostanza che le definizioni delle infrazioni disciplinari in questione sono molto ampie e imprecise, cosicché esse non garantiscono che la responsabilità dei giudici interessati per i provvedimenti giurisdizionali che essi sono chiamati a pronunciare sia strettamente limitata a casi del tutto eccezionali⁶¹ e che il regime disciplinare applicabile ai giudici non possa, al contrario, essere utilizzato ai fini del controllo politico delle decisioni giurisdizionali.

Per quanto riguarda, più in particolare, l'illecito disciplinare vertente su una violazione manifesta e flagrante delle norme giuridiche da parte dei giudici della Corte suprema⁶², la Corte di giustizia ritiene, pertanto, sussistente il rischio che tali disposizioni nazionali siano idonee ad impedire ai giudici nazionali interessati di procedere a talune constatazioni loro richieste dal diritto dell'Unione, violando parimenti l'art. 267 TFUE, in quanto comportano il rischio che i giudici nazionali siano puniti per aver adito la Corte di giustizia in via pregiudiziale⁶³.

Per quanto concerne le norme contestate della legge di riforma che vietano a qualsiasi giudice nazionale di verificare il rispetto dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione relativi alla garanzia di un giudice indipendente e imparziale istituito per legge⁶⁴, la Corte di giustizia ha dichiarato che esse impediscono non solo di constatare, ma anche di valutare, alla luce della loro legittimità, sia la nomina in sé, sia il potere di svolgere compiti relativi all'amministrazione della giustizia che deriva da tale nomina. Inoltre, le stesse disposizioni

sull'efficienza, sulla qualità e sull'indipendenza dei sistemi giudiziari degli Stati membri. Dalla lettura emerge, da un lato, un miglioramento in termini di efficacia dei sistemi giudiziari dell'UE; dall'altro, però, la percezione dell'indipendenza della magistratura rimane tutt'oggi problematica, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_3127.

⁶⁰ Art. 107, par. 1, punti 2 e 3, della legge sui tribunali ordinari modificata e art. 72, par. 1, punti da 1 a 3, della legge sulla Corte suprema modificata.

⁶¹ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti 126 e 127.

⁶² Art. 72, par. 1, punto 1, della legge sulla Corte suprema modificata.

⁶³ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti 164 e ss.

⁶⁴ L'art. 42a, parr. 1 e 2, e l'art. 55, par. 4, della legge sui tribunali ordinari modificata, l'art. 26, par. 3, e l'art. 29, parr. 2 e 3, della legge sulla Corte suprema modificata, nonché l'art. 5, parr. 1-bis e 1-ter, della legge sui tribunali amministrativi modificata.

vietano qualsiasi messa in discussione della legittimità dei tribunali e degli organi costituzionali dello Stato o organi di controllo e protezione del diritto. Nella maniera in cui tali disposizioni sono formulate, quindi, violano il principio del primato del diritto dell'Unione⁶⁵ perché idonee a impedire ai giudici polacchi di disapplicare le norme contrarie agli artt. 19, par. 2, c. 2, TUE e 47 CDFUE che hanno appunto effetto diretto⁶⁶. Inoltre, con riferimento all'attribuzione alla Sezione straordinaria di controllo e affari pubblici della Corte suprema della competenza esclusiva ad esaminare le denunce e le questioni di diritto relative alla mancanza di indipendenza di un organo giurisdizionale o di un giudice⁶⁷, la Corte di giustizia ha constatato che l'attribuzione ad un unico organo nazionale della competenza a verificare il rispetto del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e a dirimere talune questioni relative all'applicazione dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e dell'art. 47 è tale da impedire o scoraggiare altri giudici dal sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, quindi violano parimenti l'art. 267 TFUE; inoltre, le norme contestate escludendo di per sé l'applicazione di norme nazionali contrarie alle prescrizioni derivanti dal diritto dell'Unione, violano parimenti il principio del primato⁶⁸.

Da ultimo, la Corte di giustizia ha dichiarato che la Polonia ha violato il diritto alla vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali garantiti dalla CDFUE⁶⁹ e dal GDPR⁷⁰, avendo adottato disposizioni che obbligano i giudici a comunicare le informazioni sulla loro appartenenza a organizzazioni senza scopo di lucro e a partiti politici prima della loro nomina e prevedono la pubblicazione di tali informazioni⁷¹. In particolare, la Corte di giustizia ha riconosciuto che gli obiettivi di tutela di sicurezza nazionale⁷² invocati dalla Polonia per giustificare queste disposizioni, che mirano a ridurre il rischio di influenza dei giudici attraverso interessi privati o politici e a rafforzare la fiducia nella loro imparzialità, non sono idonee a conseguire obiettivi legittimi di interesse generale⁷³. La Corte di

⁶⁵ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti 78, 229 e giurisprudenza richiamata.

⁶⁶ Ivi, punti 170 e ss.

⁶⁷ Art. 26, parr. 2 e da 4 a 6, e art. 82, parr. da 2 a 5, della legge sulla Corte suprema modificata e art. 10 della legge che modifica la legge sulla Corte suprema.

⁶⁸ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti

⁶⁹ Artt. 7 e 8, par. 1, CDFUE.

⁷⁰ Art. 6, par. 1, c. 1, lett. c) ed e), art. 6, par. 3, e art. 9, par. 1, GDPR.

⁷¹ Art. 88-bis della legge sui tribunali ordinari modificata, art. 45, par. 3, della legge sulla Corte suprema modificata e art. 8, par. 2, della legge sui tribunali amministrativi modificata.

⁷² Ai sensi degli artt. 6, par. 3, e 9, par. 2, lett. g), GDPR.

⁷³ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punti 318 e ss.

giustizia, ricorrendo alla lettura “formalistica”⁷⁴ adottata nella sentenza *Getin Noble Bank*, ha sostenuto che la Polonia non ha fornito spiegazioni chiare e concrete su come la pubblicazione delle informazioni sull’appartenenza ad un partito politico prima della sua nomina e durante l’esercizio del suo mandato di giudice prima del 29 dicembre 1989 potesse contribuire attualmente a rafforzare il diritto dei singoli a che la loro causa sia esaminata da un tribunale imparziale⁷⁵. Inoltre, le misure sembrano mirare a ledere la reputazione professionale dei giudici e la percezione che la società civile ha di loro, anziché raggiungere un obiettivo di interesse legittimo. Infatti, a parere della Corte di giustizia, la pubblicazione online delle informazioni sull’appartenenza a organizzazioni senza scopo di lucro, seppur utile a rivelare eventuali conflitti di interesse e a rafforzare la fiducia nell’imparzialità e nella giustizia, nel caso di specie, non prevede una limitazione temporale adeguata; dunque, la messa in rete dei dati personali può esporre i giudici a rischi di stigmatizzazione ingiustificata e ostacolare la loro carriera⁷⁶.

La Corte di giustizia ha concluso che il trattamento dei dati personali rappresenta un’ingerenza particolarmente grave nei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali e quindi la messa online di tali dati non è giustificata⁷⁷. Questo aspetto appare rilevante perché manifesta il legame tra due opposte esigenze, vale a dire la necessaria ponderazione tra l’importanza dell’obiettivo di interesse generale invocato e la gravità dell’ingerenza.

5. Il braccio di ferro tra le Corti europee e polacche.

Dalla sentenza in commento emerge con evidenza il perdurare delle tensioni esistenti tra le Istituzioni europee e la Repubblica di Polonia relativamente al rispetto dello Stato di diritto e alla separazione dei poteri in tale Stato membro.

⁷⁴ Corte Giust., sentenza del 29 marzo 2022, *Getin Noble Bank*, C-132/20, EU:C:2022:235, punti da 82 a 84 e 107). Sull’approccio formalistico, sia consentito rinviare a E. De Falco, *Indipendenza della magistratura in Polonia: brevi note a margine della sentenza Getin Noble Bank S.A.*, in *Quaderni AISDUE*, n. 3/2022, Napoli, 2023.

⁷⁵ Corte Giust., sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione c. Polonia*, causa C-204/21, cit., punto 362. Anche in tal caso, la Corte di giustizia respinge le ragioni dell’esecutivo polacco che ha introdotto modifiche invasive riguardo al corretto funzionamento dell’organo giurisdizionale, in ragione dell’obiettivo della “decomunizzazione”. Si rinvia a A. Wójcik, *Keeping the Past and the Present Apart: The CJEU, the Rule of Law Crisis, and Decommunization*, in *VerfBlog*, 26 aprile 2022.

⁷⁶ Ivi, punti 375 a 378.

⁷⁷ Ivi, punti 381 e 382.

Non stupisce, infatti, che tale sentenza in commento si collochi in un contesto ben più ampio di riforme giudiziarie di dubbia⁷⁸ compatibilità col diritto dell'Unione.

Già il 15 luglio 2021, la Corte di giustizia, con sentenza definitiva resa nell'ambito della causa C-791/19⁷⁹, aveva dichiarato il nuovo regime disciplinare per i giudici in Polonia incompatibile con l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. La Corte di giustizia aveva affermato che la Sezione disciplinare della Corte suprema polacca mancava di tutte le necessarie garanzie di imparzialità e indipendenza e che quindi era facilmente influenzabile in via diretta o indiretta dal legislatore e dall'esecutivo polacco.

In particolare, la Corte di giustizia aveva criticato sia il processo di nomina dei giudici della Corte suprema polacca, compresi i membri della sua Sezione disciplinare, sia del Consiglio Nazionale della Magistratura, significativamente riorganizzato dall'esecutivo e dal legislatore polacco e la cui indipendenza dà adito a ragionevoli dubbi⁸⁰.

Quanto detto conferma la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva condannato anche le norme dell'ordinamento polacco in base alle quali i giudici nazionali sono esposti a procedimenti disciplinari per il fatto di aver deciso di presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE alla Corte di giustizia, il che pregiudica il loro diritto o, a seconda dei casi, l'obbligo di sottoporre questioni alla Corte di giustizia, nonché il sistema di cooperazione giudiziaria tra i tribunali nazionali e la Corte di giustizia istituito dai Trattati dell'UE⁸¹.

D'altra parte, nelle sentenze *Xero Flor* e *Reczkowicz c. Polonia*, anche la Corte EDU ha rilevato l'illegittimità⁸² della composizione del Tribunale costituzionale polacco e della

⁷⁸ La persistenza di siffatti dubbi legittimi quanto all'indipendenza e all'imparzialità dell'ordinamento giudiziario è già emersa nelle sentenze *Commissione europea c. Repubblica di Polonia* e *A.K.* Si rinvia alle Conclusioni dell'avvocato generale A. M. Collins, del 15 dicembre 2022, cit., punto 212 e giurisprudenza ivi riportata.

⁷⁹ Corte Giust., sentenza del 15 luglio 2021, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

⁸⁰ Ivi, punto 64. Si evidenzia, in particolare, che: «[...] la combinazione e l'introduzione contemporanea in Polonia di diverse riforme legislative ha comportato una discontinuità strutturale che non consente più di salvaguardare l'apparenza di indipendenza e di imparzialità della giustizia e la fiducia che gli organi giurisdizionali devono ispirare in una società democratica, né di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità della Sezione disciplinare nei confronti di elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti».

⁸¹ Corte Giust., sentenza del 26 marzo 2020, *Miasto Lowicz*, causa C-558/18, ECLI:EU:C:2020:234, punto 59; sentenza del 23 novembre 2021, *IS*, causa C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949; sentenza del 22 febbraio 2022, *RS (Effetti delle decisioni di una Corte costituzionale)*, causa C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99. Per una disamina più dettagliata dello strumento del rinvio pregiudiziale, si rimanda a F. Ferraro e C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

⁸² Corte EDU, 22 luglio 2021, *Reczkowicz c. Repubblica di Polonia*, ricorso n. 43447/19, hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211127.

Sezione disciplinare della Corte suprema ai sensi dell'art. 6 CEDU⁸³. Tuttavia, la Polonia non ha accettato queste sentenze⁸⁴, anzi essa ha continuato a percorrere il proprio sentiero *illiberale*.

A dimostrazione di quanto precede, il 7 ottobre 2021 tra la Corte di giustizia e il Tribunale costituzionale polacco è *esploso* il conflitto con riguardo alla rivendicazione del primato del diritto nazionale sul diritto dell'Unione. In particolare, si fa riferimento alla sentenza K 3/21 resa dal Tribunale costituzionale polacco che aveva affermato il contrasto tra gli artt. 2 e 19, par. 1, TUE e la Costituzione polacca, poiché tali articoli riconoscono al giudice nazionale il diritto a riesaminare una serie di aspetti relativi all'organizzazione interna della magistratura ed in particolare alla nomina dei giudici⁸⁵. Tale ultimo episodio è stato oggetto della medesima procedura di infrazione avviata dalla Commissione il 22 dicembre 2021 e che il 15 febbraio 2023 ha condotto all'epilogo del deferimento della Polonia alla Corte di giustizia per violazioni del diritto dell'UE da parte del suo Tribunale costituzionale⁸⁶.

Le vicende suddette vanno quindi a sommarsi alla pronuncia di condanna della Corte di giustizia del 5 giugno 2023, che sospende le ordinanze provvisorie, ma non esclude il pagamento delle penalità arretrate⁸⁷.

⁸³ Corte EDU, 7 maggio 2021, *Xero Flor c. Repubblica di Polonia*, ricorso n. 4907/18, hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065.

⁸⁴ Infatti, la sentenza della Corte EDU nella causa *Xero Flor* è stata rigettata dal Tribunale costituzionale polacco perché ritenuta *sententia non existens*. Trybunał Konstytucyjny, 30/A/2021, 15 giugno 2021, P 7/20, punto 2.2, https://p-7_20.pdf. In dottrina, R. Lawson, 'Non-Existent': *The Polish Constitutional Tribunal in a state of denial of the ECtHR Xero Flor judgment*, in *VerfBlog*, 18 giugno 2021.

⁸⁵ Trybunał Konstytucyjny, 7 ottobre 2021, *Valutazione della conformità alla Costituzione della Repubblica di Polonia di determinate disposizioni del Trattato sull'Unione europea*, causa K 3/21, <https://trybunal.gov.pl/s/k-3-21>. In dottrina, F. Martucci, *La Pologne et le respect de l'État de droit: quelques réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais*, in *Le club des juristes*, 15 ottobre 2021. È utile segnalare che il Tribunale costituzionale polacco, nella sentenza K 18/04 dell'11 maggio 2005, quindi poco dopo l'adesione della Polonia all'Unione (2004), aveva già sviluppato una teoria della forza giuridica suprema della forza giuridica suprema della Costituzione sul diritto dell'Unione. Nel testo della sentenza si evince che una possibile collisione tra una norma costituzionale e una disposizione del diritto UE non può in nessun caso essere risolta assumendo la supremazia della norma UE, sicché «[...] il primato del diritto comunitario è assicurato solo entro i limiti della Costituzione della Repubblica di Polonia. La forza vincolante del diritto comunitario nella Repubblica di Polonia deriva direttamente dalla Costituzione stessa, che definisce la procedura e la portata del conferimento delle competenze» (testo tradotto). Si rimanda a: Trybunał Konstytucyjny, 11 maggio 2005, n. K 18/04, p. 16, p.to 5. In: https://konstytucyjne.home.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2018/12/Wyrok_TK_K-18-04.pdf. Rileva, inoltre, che il giudice relatore del Tribunale costituzionale ha fatto riferimento a questa parte della sentenza del 2005 nelle motivazioni orali alla sentenza K 3/21. Ancora, ma qualche anno dopo, sempre il Tribunale costituzionale polacco nella sentenza K 32/09, esprimeva una propria teoria sui limiti costituzionali dell'integrazione europea, Trybunał Konstytucyjny, 24 novembre 2010, *Costituzionalità del Trattato di Lisbona*, n. K 32/09, p.to 192. In: https://trybunal.gov.pl/uploads/media/SiM_LI_EN_calosc.pdf.

⁸⁶ *Supra*, note 29, 30, 31.

⁸⁷ Corte Giust., comunicato stampa n. 89/23, 5 giugno 2023, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, causa C-204/21.

6. Considerazioni finali.

Dinanzi a simili sfide, è opportuno ricordare, ricorrendo alle parole del Presidente della Corte di giustizia Koen Lenaerts, che l'Unione europea è “in primo luogo e soprattutto, una ‘Unione di valori’”⁸⁸ e che la vincolatività che discende dalla garanzia dell'indipendenza della magistratura e, più in generale, dal rispetto dello Stato di diritto, non è *imposta* dall'Unione, ma è ascrivibile alla libera e volontaria adesione degli Stati membri all'Unione europea e ai suoi valori comuni⁸⁹ di cui all'art. 2 TUE, che gli stessi Stati membri si sono impegnati a promuovere e a condividere⁹⁰. Difatti, l'art. 2 TUE assume le coordinate di “valore giuridico dei valori”⁹¹, avendo la Corte di giustizia, attraverso la sua nutrita giurisprudenza in materia⁹², posto i valori comuni a fondamento del diritto dell'Unione complessivamente inteso.

Quanto precede rinsalda il ruolo proprio della Corte di giustizia, che è quello “di tutelare con la massima estensione possibile i diritti dei cittadini degli Stati membri, allorché quegli stessi cittadini, e con loro i giudici cui si sono rivolti, ritengano i propri diritti non abbastanza tutelati dal diritto sostanziale e processuale interno, sottoponendo quest'ultimo alla verifica del rispetto del diritto dell'UE”⁹³, richiamando alle parole del professore Tesauro. Dunque, la Corte di giustizia ha confermato di essere il cuore pulsante del processo di costruzione di una politica sovranazionale basata sul diritto, affermandosi quale

⁸⁸ K. Lenaerts, *On Checks and Balances: the Rule of Law within the EU*, in *Columbia Journal of European Law*, Special issue, p. 1. Si manda a G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, in *Federalismi*, n. 27/2022.

⁸⁹ Tali valori sono stati descritti come “vasi comunicanti” con le tradizioni costituzionali degli Stati membri. L'espressione appartiene a A. Voßkuhle, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, Bittner, 2018; F. G. Jacobs, *The sovereignty of law*, cit.

⁹⁰ Rispetto al concetto di adesione all'Unione quale *constitutional momentum*, si rinvia a G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, cit. Inoltre, l'A. richiama la sentenza *Getin Noble Bank*, nella quale la Corte di giustizia ricalca il significato che assume l'adesione all'Unione da parte di uno Stato. Cfr. Corte Giust., sentenza del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *BN e a. c. Getin Noble Bank S.A.*, punto 104.

⁹¹ L'espressione appartiene a L. S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, n. 19/2020; G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, cit.

⁹² Per un approfondimento dettagliato della giurisprudenza, si rinvia a L. Pech e D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice. A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, n. 3/2021.

⁹³ F. Pedrini, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro*, in *Lo Stato*, n. 16/2021, p. 215.

guardiana del *nocciolo duro* del diritto dell'UE⁹⁴.

Eppure, sulla base delle vicende descritte nel presente contributo, se da un lato la posizione manifestata dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento si pone in linea con la sua giurisprudenza risalente⁹⁵; dall'altro lato, a seguito dell'erompere del conflitto russo-ucraino, già alcune Istituzioni europee hanno accolto un approccio più permissivo nei confronti della Polonia⁹⁶. Si è assistito ad un cambiamento della sensibilità verso uno Stato membro che giocoforza ha assunto un ruolo preminente (vista anche la sua posizione geografica), trasformandosi da antagonista a partner di riferimento nell'elaborazione della risposta comunitaria alla crisi bellica⁹⁷.

Resta però il fatto che la guerra non deve fungere da elemento dissuasore rispetto al mantenimento della pace interna all'Unione stessa⁹⁸, quest'ultima da intendersi nel senso della garanzia e del rispetto dei suoi valori e principi cardini da parte degli Stati membri.

Pertanto, la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento, proprio alla luce dell'attuale scenario storico/politico che vede la Repubblica di Polonia tra i maggiori protagonisti nella risposta solidale all'aggressione russa all'Ucraina, appare dirompente e non del tutto scontata, tanto da essere stata definita una sentenza *storica*. La condanna del sistema giudiziario polacco rappresenta un duro colpo, soprattutto in prospettiva politica: la Polonia, allo stato dei fatti, rischia di non poter più beneficiare dei

⁹⁴ L. D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, n. 3/2022.

⁹⁵ Tra le altre, si rinvia a: Corte Giust., sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*.

⁹⁶ J. Sawicki, *La guerra in Ucraina cambia anche il corso della storia polacca*, in *Nomos: le attualità del diritto*, n. 1/2022. Più in generale, rispetto agli effetti della guerra in Ucraina e al ruolo dell'Europa, A. Ligustro, F. Ferraro e P. De Pasquale, *Il futuro del mondo e dell'Europa passa per Kiev*, in *DPCE Online*, v. 52, n. 2/2022.

⁹⁷ A. Szczerbiak, *How will the Russia-Ukraine war affect Poland's rule of law dispute with the EU?*, in *LSE European Politics and Policy Blog*, 8 luglio 2022; F. Marino, *Il ruolo della Polonia nella guerra in Ucraina*, in *ATLANTE Treccani*, 31 maggio 2022, https://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Il_ruolo_Polonia_guerra_Ucraina.html.

⁹⁸ P. Bárd e D. Kochenov, *War as a Pretext to Wave the Rule of Law Goodbye? The Case for an EU Constitutional Awakening*, in *European Law Journal*, 24 maggio 2022. Altri in dottrina auspicano all'applicazione dell'art. 7 TUE in quanto paventano il rischio che «l'UE [ritorni] al suo deplorabile doppio standard: severa con gli Stati candidati, generosa per quanto riguarda i membri», così C. Pinelli, *Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione*, in (a cura di) G. Contaldi, R. Cisotta, *Courts, Values and European Identity*, in *Eurojus*, numero speciale, gennaio 2023, p. 59, <https://rivista.eurojus.it/courts-values-and-european-identity/>.

fondi del PNRR⁹⁹, vista la circostanza che “una o più delle quattro super milestone della Polonia riguarda proprio l’indipendenza della giustizia”¹⁰⁰. Tali preoccupazioni sembrano, però, vacue rispetto alle reazioni immediate espresse da parte dell’esecutivo polacco di non volersi conformare alla sentenza in commento¹⁰¹.

Ciononostante, posto che un sistema giudiziario indipendente e imparziale consacra non solo la *promessa* dell’effettiva applicazione del diritto dell’Unione europea, ma soprattutto la garanzia della tutela giurisdizionale effettiva, quest’ultima da intendersi come diritto fondamentale riconosciuto ai cittadini di uno Stato membro¹⁰², il conto finale per la coalizione polacca “Destra unita”¹⁰³ potrebbe essere più alto di quanto suggerito dalla situazione prospettata: non tanto dal punto di vista economico - tenendo conto del fatto che la Polonia contribuisce meno al bilancio dell’UE rispetto a quanto ne beneficia¹⁰⁴ e che la Commissione europea può detrarre gli importi dovuti tramite compensazione¹⁰⁵ – ma

⁹⁹ Sulla (dubbia) approvazione del PNRR polacco, si rinvia a A. Grimaldi, G. Gioia, *Il senso dello Stato di diritto per l’Unione: l’approvazione del PNRR polacco nelle urgenze della guerra*, in *Diritti Comparati*, 2022.

¹⁰⁰ L’aggettivo “storica” è attribuito a S. Ceccanti, *La bocciatura europea sulla Polonia avrà portata storica, formiche.net*, 5 giugno 2023. Si rammenta che la Polonia sta attualmente negoziando con la Commissione per sbloccare i fondi necessari dal Fondo NGEU. A tal fine, la Polonia deve rispettare alcuni punti fondamentali riportati nel suo Piano nazionale di ripresa e resilienza, tra cui, appunto, il ripristino dell’indipendenza giudiziaria nel sistema giudiziario polacco. Finora, i 35.4 miliardi di euro della Polonia autorizzati nell’ambito del Recovery Fund restano congelati. Per ulteriori dettagli, si rinvia al sito della Commissione europea, *Recovery and resilience plan for Poland*, https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility/recovery-and-resilience-plan-poland_it; in dottrina, K. L. Scheppele, J. Morijn, *Frozen: How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities*, in *VerfBlog*, 4 aprile 2023, DOI: 10.17176/20230404-152138-0.

¹⁰¹ P. Higgins, *Poland Rejects E.U. Ruling, Restarting a European Feud*, *The New York Times*, 5 giugno 2023.

¹⁰² Sia permesso un ulteriore rinvio a E. De Falco, *Indipendenza della magistratura in Polonia*, cit.

¹⁰³ La *Destra Unita*, è la coalizione formata dal PiS e dai suoi alleati minori *Solidarna Polska* e *Porozumienie*, che nelle ultime elezioni politiche del 13 ottobre 2019 ha ottenuto la vittoria alla Camera (*Sejm*), raccogliendo il 43.59% dei voti, www.infomercatiesteri.it.

¹⁰⁴ Rileva che dal 2004, la Polonia ha ricevuto oltre 213 miliardi di euro dal bilancio dell’Unione Europea. I pagamenti di adesione al bilancio dell’UE durante questo periodo sono stati pari a quasi 70 miliardi di euro. Gli afflussi netti più significativi si sono registrati nel 2020 e sono stati pari a circa 13,16 miliardi di euro, compresi i rimborsi al bilancio dell’UE per 958,3 mila euro. Si rinvia a A. Sas, *Poland's contributions to and receipts from the European Union budget from 2004 to 2021*, *Statista*, 22 aprile 2022, <https://www.statista.com/statistics/poland-s-contributions-to-and-receipts-from-the-eu-budget>.

¹⁰⁵ In caso di mancato pagamento da parte della Polonia, è stabilito che la Commissione può detrarre il rispettivo importo dai pagamenti dovuti dallo Stato membro tramite compensazione, come prescritto dal Regolamento finanziario (Artt. 101 e 102 del reg. UE 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, recante le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione, GU 2018, L 193/1. Si rinvia a L. D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges*, cit. e referenze ivi riportate. L’Autore fa riferimento alla circostanza che le istituzioni dell’UE sono autorizzate a recuperare i crediti verso i debitori, anche se la compensazione è stata a lungo tempo dibattuta prima di essere codificata nel reg. UE 2018/1046). Si segnala che la Commissione ha già annunciato la sospensione delle richieste di pagamento per otto programmi dei Fondi per gli Affari Interni, tra gli Stati membri colpiti dalla misura rientra la Polonia, F. Baccini, *La Commissione Ue ha sospeso i pagamenti a Polonia, Ungheria e Cipro per possibili violazioni dei diritti umani*, *Eunews*, 6 febbraio 2023, <https://www.eunews.it>.

soprattutto in termini di reputazione. Già si assiste a proteste dilaganti¹⁰⁶ all'interno dello Stato membro e la Commissione europea ha avviato un nuovo procedimento d'infrazione nei confronti della Polonia contro una legge che istituisce una commissione d'inchiesta sulle *interferenze russe*. La preoccupazione deriverebbe dalla possibilità, attraverso questa legge, di estromettere l'opposizione dalla scena politica in vista delle prossime elezioni autunnali¹⁰⁷.

In definitiva, la sentenza in commento sembra aver contribuito a riportare alla luce una realtà solo parzialmente oscurata da esigenze belliche *superiori*. Per tutto ciò, sarà interessante osservare l'atteggiamento dell'elettorato polacco alle prossime elezioni parlamentari nazionali per rinnovare i membri del *Sejm* e del Senato.

Abstract: Il presente lavoro si concentra sul tema dell'indipendenza della magistratura e sull'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia in merito alle recenti riforme del sistema giudiziario polacco che minano la capacità dei tribunali di fornire una tutela giurisdizionale effettiva. In particolare, il contributo analizza la sentenza della Corte di giustizia nel contesto di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nella causa C-204/21, che condanna l'applicazione delle nuove disposizioni sull'organizzazione dei tribunali in Polonia.

Abstract: This work focuses on the issue of judicial independence and the Court of Justice's assessment of the recent reforms in the Polish judicial system that undermine the ability of courts to provide effective judicial protection. In particular, the paper analyzes the Court of Justice's ruling in the context of an infringement procedure launched by the European Commission in case C-204/21, which condemns the application of the new provisions on the organization of courts in Poland.

Parole chiave: Indipendenza dei giudici, stato di diritto, tutela giurisdizionale effettiva, regime disciplinare.

¹⁰⁶ M. Flammini, *Varsavia contro l'apatia*, *Il Foglio*, 6 giugno 2023.

¹⁰⁷ Polonia, *Ue avvia procedura infrazione per legge «anti-Tusk» su influenze russe*, *Il Sole 24 Ore*, 7 giugno 2023; Polonia, *procedura d'infrazione Ue per la legge su influenze russe*, *euronews*, 7 giugno 2023; W. Sadurski, *The Law to Take Out Tusk*, in *VerfBlog*, 31 maggio 2023.

Key words: independence of judges, rule of law, effective judicial protection, disciplinary regime.

I PRESUPPOSTI STORICO-FILOSOFICI DELL'AUTONOMIA NELLA PROVINCIA DI BOLZANO *.

di Antonio Merlino **

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il punto e le linee: l'autonomia tra posto e presupposto. – 3. L'autonomia come presupposto? – 4. Un memoriale. La storia come fonte dell'autonomia.

24

1. Introduzione.

Affronto il tema dell'autonomia della Provincia di Bolzano con inevitabile spirito dialettico per più ragioni. In primo luogo per la mia appartenenza culturale tanto al mondo italiano quanto al mondo austriaco. In secondo luogo per via della natura dialettica dello Statuto di autonomia del quale tratterò, ossia di una fonte che sfida per sua costituzione il principio unitario – cioè monista – dello Stato centrale. Infine, non posso che riconoscere il rapporto dialettico tra le norme statutarie – nella loro evoluzione – e i presupposti di ordine giuridico, storico e filosofico che ne presiedono la specialità¹.

In questa prospettiva sono necessarie due premesse ulteriori. La prima: riconoscere dei presupposti filosofici, iscritti nella filigrana della storia europea, non significa ambire a restaurare quella storia, né confidare di ristabilire quel che è stato o di conservare intatto il presente, ma significa semmai reperire nel passato elementi che possono illuminare l'attualità e così cambiare il futuro². In secondo luogo, occorre precisare che i presupposti filosofici sono sempre anche presupposti storici, secondo il principio crociano dell'identità

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore a contratto di Storia del pensiero giuridico e della Bioetica – Università Telematica San Raffaele di Roma. Professore a contratto (Privat Dozent DDr., Dr. Habil.) di Vergleichendes Vefassungsrecht Italien – Österreich e di Rechtsphilosophie – Università Paris Lodron di Salisburgo.

¹ Sul principio di specialità alla base dell'autonomia della Provincia di Bolzano in una prospettiva evolutiva si vedano le lucide pagine di F. Palermo, *Il nucleo essenziale dell'autonomia, tra l'Accordo di Parigi e il "terzo Statuto"*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, n. 32/2006, pp. 283-302.

² In questo senso lo Statuto di autonomia non va considerato come un risultato definitivo, né le sue norme possono ritenersi immutabili ed incise una volta per tutte nel bronzo della legge. Se è vero che un ordinamento giuridico vive e muta con una società, uno Statuto non può fare diversamente. Per una sintesi sulle esigenze di aggiornamento del modello autonomistico stilizzato nel 1972 si veda l'intervista a Francesco Palermo condotta da M. Ferrandi in *Il faticoso modello. Cinquant'anni di "seconda autonomia" in Alto Adige/Südtirol*, Merano, Alphabeta, 2021, p. 87 e ss. specialmente.

tra filosofia e storia, che larga parte ebbe nelle più limpide riflessioni dei giuristi del secolo scorso: una filosofia sorge e si sviluppa sempre in una storia e qualora ne fosse astratta rischierebbe di degenerare a bieco strumento dei più disparati intenti ideologici³.

Paolo Grossi pensava che un ordinamento giuridico fosse sempre un punto lungo una linea evolutiva, che affonda le sue radici nel passato ma è vigorosamente proiettata nel futuro.⁴ In questo articolo volgeremo lo sguardo retrospettivamente, ma solo sulla base di queste necessarie premesse.

2. Il punto e le linea: l'autonomia tra posto e presupposto.

La versione dello Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige divulgata per molti anni dalla Giunta provinciale di Bolzano e anticipata da una prefazione dell'allora Landeshauptmann Luis Durnwalder è stata accompagnata da un utile manuale, curato dai giuristi Ivo Winkler e Lukas Bonell e impreziosito da una pregnante e sintetica nota redazionale. "La lunga storia dell'autonomia altoatesina" – si legge nella nota – è iniziata con la sottoscrizione dell'Accordo di Parigi avvenuta il 5 settembre del 1946 e ha conosciuto una "specie di provvisoria conclusione" con la consegna della quietanza liberatoria da parte dell'Austria l'11 giugno 1992, icasticamente denominata "chiusura del Pacchetto"⁵.

L'autonomia bolzanina si aprirebbe così con un momento iniziale, l'accordo di Parigi, che sancì l'impronta sovrastatale e internazionale della questione altoatesina/sudtirolese, e un momento *provvisoriamente conclusivo*, la chiusura del *Pacchetto* nei primi anni Novanta del secolo scorso. Il fondamento dell'ordinamento giuridico locale sarebbe allora da collocarsi nel secondo Dopoguerra e con questa constatazione avremmo esaurito i problemi

³ Sull'idealismo di Croce e il diritto si vedano le fondamentali riflessioni di V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 1978. Sull'impatto dello storicismo assoluto sui giuristi italiani si confronti con A. Merlino, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, con una prefazione di T.E. Frosini, Il Formichiere, 2020, p. 47 e seguenti in particolare.

⁴ P. Grossi, *Il punto e la linea (Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2011, pp. 69-79. Si confronti con P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2003, pp. 43-45: "Se il diritto è vocato a ordinare la storia umana, è scontato che abbia in sé una precisa vocazione a incarnarsi nell'esperienza storica, diventando di questa una dimensione insopprimibile". "Comprensione del presente, percezione del senso della linea in cui il presente si colloca e di cui costituisce soltanto un punto" aprono alla "capacità di avviare la costruzione del futuro".

⁵ L. Bonell e I. Winkler (a cura di), *Manuale dell'autonomia. Descrizione delle competenze legislative ed amministrative della Provincia autonoma di Bolzano*, con prefazione di L. Durnwalder, Bolzano, Giunta provinciale di Bolzano, 2009, p. 15.

sulle origini della specialità statutaria. La storia autonomista di Bolzano sorgerebbe tra le macerie della catastrofe bellica e totalitaria, per usare l'espressione del giurista Giuseppe Capograssi⁶. Tutto questo è senz'altro vero e trova una potente conferma nella storia *contemporanea* come fonte del diritto, tuttavia lo sguardo potrebbe essere proiettato oltre la più recente conformazione positiva dell'ordinamento giuridico altoatesino/sudtirolese, facendo nostro il motto di Karl Kraus "*Ursprung ist das Ziel*"⁷.

Gli Accordi di Parigi sono oggi considerati il fondamento sovranazionale per l'autonomia legislativa ed esecutiva della Provincia di Bolzano, tradotti poi infelicamente nel primo Statuto di un'autonomia provinciale (1948) revocata e assorbita – o meglio revocata perché assorbita – nella macrostruttura regionale e quindi di fatto diluita dalla maggioranza italiana nella Regione Trentino-Alto Adige, che rispecchiava i rapporti di forza della politica nazionale⁸. Questa maggioranza non fu tale soltanto in quanto italiana, ma soprattutto in quanto espressione di formidabili tendenze centraliste confermatesi nella prassi politica e giuridica nazionale del secondo Dopoguerra e sovvertite soltanto nel 1972 con il secondo Statuto di autonomia, a seguito del *Los von Trient!* e della vertenza internazionale sollevata con Bruno Kreisky dall'Austria al cospetto dell'Onu⁹.

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite si esprime con due risoluzioni, la prima del 31 ottobre del 1960 e la seconda del 28 novembre 1961: le due risoluzioni invitarono Italia ed Austria garante ad intrattenere il dialogo e a raggiungere una condivisa applicazione del Trattato di Parigi. Su questi presupposti internazionalistici si formò la Commissione dei 19, il cui lavoro costituì la base del secondo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige, approvato nel 1972 con legge costituzionale e tuttora vigente.

⁶ G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, n. II/1950, pp. 177-207. Capograssi fu un lucido interprete della tradizione autonomista, che egli rivendicava in aperta sfida al centralismo statale otto e novecentesco, come tratto caratteristico di una storia europea che risaliva al pluralismo giuridico medioevale. Sul Medioevo giuridico come ordinamento pluralista si veda P. Grossi, *Ordine giuridico medioevale*, Bari-Roma, Laterza, 2003², p. 32 ss. specialmente. Sui rapporti giuridici sinallagmatici nel Medioevo giuridico senza Stato si vedano le pagine fondamentali di M. Bloch, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1939.

⁷ Traduco a giovamento di quei filosofi che non hanno familiarità con la lingua tedesca: "origine è la meta". Kraus aveva scritto quel verso nella poesia *Der sterbende Mensch*, che si concludeva con una strofa pronunciata da Dio e rivolta all'uomo: "Im Dunkel gehend, wußtest du ums Licht./ Nun bist du da und siehst mir ins Gesicht./ Sahst hinter dich und suchtest meinen Garten./ Du bliebst am Ursprung. Ursprung ist das Ziel./ Du, unverloren an das Lebensspiel,/ nun mußt, mein Mensch, du länger nicht mehr warten". Si veda K. Kraus, *Worte in Versen*, I, Leipzig, Verlag der Schriften von Karl Kraus Kurt Wolff, 1919 (1916), p. 69.

⁸ Di utile lettura il volume P. Piccoli e A. Vadagnini (a cura di), *Progetti e documenti per lo Statuto speciale di autonomia del 1948*, Bologna, Il Mulino, 2010. Si veda C. Gatterer, *Im Kampf gegen Rom*, trad. it. di U. Gandini, *In lotta contro Roma*, con una prefazione di A. Langer, Bolzano, Praxis 3, 1994.

⁹ Per una lucida interpretazione storica si veda di G. Grote e H. Obermair, *A Land on the Threshold. South Tyrolean Transformations, 1915–2015*, Oxford - Bern - New York, Peter Lang, 2017. Si confronti con G. Bernardini e G. Pallaver (a cura di), *Dialogo vince violenza. La questione dell'Alto Adige/Südtirol nel contesto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2015.

Con questa specialissima fonte giuridica si riconobbe ampia autonomia legislativa ed esecutiva alla Provincia¹⁰. Il sistema di competenze primarie, secondarie e terziarie fu fissato nei primi articoli (il combinato disposto tra gli artt. 4, 5, 6 e 8, 9 e 10) e in rispettoso ossequio della Costituzione repubblicana e degli obblighi di natura internazionale.¹¹

L'autonomia, celebrata nel 2022 in occasione del cinquantenario del secondo Statuto, non è tuttavia soltanto l'esito definitivo di una stilizzata architettura giuspubblicistica e nemmeno la immobile conseguenza giuridico-politica che discende dagli Accordi di Parigi e dalla loro applicazione, ma annovera tra le sue fonti anche la più profonda storicità implicita nel suo stesso concetto.

Gli anni che hanno immediatamente preceduto l'approvazione del primo Statuto sono stati ricchissimi di dottrina e di sommovimenti istituzionali spesso convergenti proprio sulla conformazione giuridica del concetto di autonomia nel nuovo assetto repubblicano e democratico che intendeva sancire la definitiva cesura con il passato tenebroso dell'esperienza fascista e con il centralismo albertino che le fornì un fertile terreno su cui proliferare. Fermenti autonomisti, ho detto: questi ispirarono i Costituenti, ma rimasero inattuati, relegati nell'inchiostro della legge e traditi nella prassi dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale.

Ancora alla metà degli anni Settanta Giorgio Berti aveva denunciato questo tradimento, affermando che l'articolo espressione del principio (fondamentale) autonomista del nuovo ordinamento repubblicano, l'art. 5, era rimasto "lettera morta"¹². Quell'articolo, che metteva in relazione la sovranità statale – la Repubblica una indivisibile della tradizione francese – con il decentramento amministrativo, prefigurava secondo Berti un "tipo di organizzazione dello Stato" che sovvertiva il principio monista dell'unità statale a lungo

¹⁰ Si veda l'intelligente pubblicazione di G. Faustini con G. Andreatta, *Alto Adige: il dopo Pacchetto*, Bologna, Il Mulino, 1977.

¹¹ L'art. 4 dello Statuto fissa la potestà legislativa della Regione Trentino-Alto Adige delimitata dalla «Costituzione», dai «principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica» dal «rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali». L'articolo 8 dello Statuto ribadisce quei limiti attribuiti alla Regione per delimitare l'ampia autonomia legislativa delle Province di Bolzano e Trento. Gli articoli 4 e 8 definiscono così le competenze primarie ed esclusive. L'art. 5 fissa le competenze legislative secondarie e concorrenti della Regione, da esercitarsi nei limiti dei «principi stabiliti dalle leggi dello Stato» e anche in questo caso l'art. 9 riprende quei limiti per definire le competenze secondarie delle Province di Bolzano e Trento. Il combinato disposto tra articolo 6 e 10 fissa infine le competenze terziarie e residuali ossia gli ambiti riservati ad una potestà legislativa integrativa delle leggi statali. Sulla base dell'art. 8 dello Statuto e dell'art. 29, legge n. 241/1990, è stata inoltre emanata la legge provinciale n. 17/1993 sul procedimento amministrativo. Sull'autonomia della Provincia di Trento si veda tra i tanti R. Toniatti, *Lo Statuto come fonte dell'autonomia e dell'identità del Trentino*, in G. Postal, M. Marcantoni e R. Toniatti, (a cura di), *Quarant'anni di autonomia*, Milano, Franco Angeli, 2011, pp. 255-312.

¹² G. Berti, Art. 5, in G. Branca, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna – Roma, Zanichelli, 1975, pp. 277-295.

dominante e tuttora invitto nella mentalità dei giuristi¹³. L'articolo, originariamente collocato in apertura del titolo V della Costituzione e poi significativamente trasferito tra i principi fondamentali, comportava per Berti la "rottura dell'unità amministrativa dello Stato" e così il riconoscimento dell'autonomia dei cosiddetti enti locali.

A detta di Berti il principio autonomista esprimeva un "modo di essere" della Repubblica, il "volto interno della sovranità statale"¹⁴. Rompeva non solo con l'esperienza fascista ma anche con l'ideologia centralista che si era prepotentemente affermata nella scienza giuridica dominante tanto in Italia quanto in Austria (ossia nelle idee dominanti che sono marxianamente le idee della classe dominante: ossia le mitologie giuridiche, per usare l'espressione del compianto Paolo Grossi.¹⁵ Per Grossi l'affermazione del centralismo politico andava infatti di pari passo con l'esaltazione dell'individuo-monade, scaturito dalla fiamma della Rivoluzione francese, astratto da ogni corpo sociale e infine isolato e inerme a fronte del potere politico nel secolo *lungo* della borghesia trionfante, l'Ottocento)¹⁶.

3. L'autonomia come presupposto?

La storia dell'autonomia altoatesina/sudtirolese non è una semplice narrazione autoctona, ma va decifrata attraverso le lenti critiche del dibattito dottrinale e della tradizione costituzionalista¹⁷. Insomma, lo Statuto, questa peculiare fonte del diritto, non va soltanto analizzato come punto di arrivo definitivo, come norma positiva *in Stein gegossen*, ossia scolpita una volta per tutte nella piramide in questo caso pietrificata della gerarchia delle fonti (*Stufenbau*), né il fondamento dell'autonomia può essere esclusivamente rintracciato

¹³ Si ricordi che Tocqueville era persuaso che l'abbinamento tra centralismo politico e amministrativo fosse il vero pericolo dispotico annidato nelle moderne democrazie di massa. Rinvio al mio *Montesquieu. Eine Perspektive*, mit einer Einleitung von M.J. Rainer, Boston-Berlin, 2020.

¹⁴ G. Berti, Art. 5, in *Commentario della Costituzione*, cit.

¹⁵ Mi riferisco a P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, terza edizione accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁶ Si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 119-214. Secondo Grossi nel Novecento del diritto le istanze anticentraliste riscoprirono la "complessità" del panorama giuridico non costringibile nel costipato binomio Stato-individuo.

¹⁷ Vedasi nuovamente F. Palermo, *Il nucleo essenziale dell'autonomia, tra l'Accordo di Parigi e il "terzo Statuto"*, cit. Per prospettive evolutive dell'autonomia altoatesina si veda dello stesso autore *Verso una riforma partecipata dello statuto di autonomia. Una prospettiva metodologica e comparata*, in *Informator*, 2015, pp. 9-15. Nel 2016 è stata istituita una Convenzione per la riforma dello Statuto di autonomia, che rappresenta un tentativo, seppur naufragato, di adeguare lo Statuto ai tempi sulla base di procedimenti partecipativi. Si veda in proposito E. Happacher, *La convenzione per l'autonomia: spunti per un'autonomia dinamica e partecipata dell'Alto Adige/Südtirol*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, pp. 1-14.

in una norma cristallizzata come fonte di rango costituzionale, modificabile esclusivamente per mezzo di un procedimento rafforzato sebbene sorretta da una base giuridica di diritto sovrastatale. Dicevamo: l'autonomia ha le sue radici profonde nella sedimentazione di un passato remoto e il secondo Statuto è una tappa lungo uno sviluppo che implica per sua natura una ulteriore evoluzione nel futuro. Il tempo non si ferma.

La storia (recente) dell'autonomia (più risalente) scaturisce sì tra le macerie della catastrofe totalitaria che divampò nella regione di confine attribuita con il 1919 all'Italia, ma che fu tradizionalmente pluriculturale e plurilinguistica. E pluriordinamentale. Dopo i primi anni di assestamento dei nuovi confini, il fascismo aveva cercato di spezzare ogni legame tra Bolzano e la secolare storia autonomista del Tirolo.

Negli anni Venti fu proibito l'insegnamento della lingua tedesca, i sudtirolesi di lingua tedesca furono interdetti dalle cariche pubbliche, i beni di associazioni e federazioni furono confiscati¹⁸. Nel 1939 la furia totalitaria si abbatté doppiamente su Bolzano, giacché Hitler e Mussolini vennero ad un patto sciagurato ossia imposero le opzioni alla popolazione di lingua tedesca e ladina e così di *optare* tra l'italianizzazione e il trasferimento coatto nei territori del Reich. Dopo l'8 settembre 1943 il territorio fu annesso all'*Alpenvorland* con le gravi conseguenze che l'annessione comportò. Con l'ingresso degli Alleati nel Tirolo del Sud, nella tarda primavera del 1945, il neocostituito partito popolare sudtirolese, guidato all'epoca dall'*Obmann* Erich Ammon, abbandonò rapidamente ogni pretesa all'autodeterminazione, irrealistica nel contesto internazionale del Dopoguerra¹⁹.

1946, si diceva: a margine del Trattato di Parigi fu siglato dagli allora ministri degli Esteri Alcide De Gasperi e Karl Gruber l'accordo che ne porta il nome. L'accordo prevedeva, all'art. 2, il diritto all'esercizio di un potere esecutivo e legislativo. Va qui notato che la traduzione italiana dell'accordo, che traggio dal manuale prima menzionato, rende l'originale espressione francese *accorder* e inglese *will be granted* con un fuorviante *è concesso*, secondo la lingua del liberalismo giuridico ottocentesco, che tanto in Austria con la *Dezemberverfassung* (1867) quanto in Italia con lo Statuto albertino (1848), *concedeva* diritti in una carta *octroyée* in luogo di riconoscerli quali inabdicabili presupposti

¹⁸ Nel 2022 sono stati ricordati a Bolzano i cinquant'anni del secondo Statuto, ma anche il centenario della deposizione del sindaco Julius Perathoner a seguito della cosiddetta *marcia su Bolzano* che precedette di poco la marcia su Roma.

¹⁹ H. Heiss e S. Lechner, *Erich Ammon. Bürger, Unternehmer, Politiker 1896–1970: ein Porträt*, Bozen, Raetia, 2019.

ordinamentali²⁰. Non è un caso, in questa prospettiva, che il verbo *riconoscere* ricorra nella formulazione dei principi fondamentali della Carta costituzionale (e significativamente nell'art. 5) per sancire il fatto che l'Assemblea costituente non li stava semplicemente forgiando *ex novo*, ma riconoscendo, appunto, come presupposti del costituzionalismo nella sua evoluzione.

L'accordo prevedeva inoltre l'uguaglianza tra i cittadini di lingua tedesca e di lingua italiana, la salvaguardia del carattere etnico e dello sviluppo culturale ed economico del gruppo di lingua tedesca e il diritto all'insegnamento nella madrelingua, il ristabilimento dei nomi italianizzati, la parità delle due lingue nella Pubblica amministrazione e una revisione secondo spirito di equità delle opzioni. Il trattato riconosceva così tanto dei diritti individuali quanto dei diritti collettivi, attribuiti alle minoranze abitanti quel territorio.

Dopo il referendum istituzionale del 2 giugno 1946 il principio autonomista trovava accoglimento presso i Costituenti, che infine lo trasferirono da norma costituzionale inaugurale del titolo V a vero e proprio principio fondamentale (l'attuale art. 5 appunto). Questo riconoscimento incontrò l'apprezzamento del gruppo linguistico tedesco della Provincia di Bolzano, che non era rappresentato in Costituente, ma che intratteneva con essa un vivace dialogo.

4. Un memoriale. La storia come fonte dell'autonomia.

E proprio in quei tempi di fertile sommovimento istituzionale, tra nostalgie e abiure dell'ordine albertino, fra i documenti trasmessi alla Costituente dalla rappresentanza sudtirolese ve ne è uno tanto fondamentale quanto poco noto, un memoriale inviato dal Segretario Generale della *Südtiroler Volkspartei* Otto Guggenberg all'Assemblea, non per rivendicare istanze separatiste o autonomiste in ragione del conflitto *etnico* o linguistico, ma per esprimere ad una Assemblea disposta all'ascolto le ragioni dell'autonomia e al contempo ricordare la storia del Tirolo del Sud, che si sviluppò a partire dal Medioevo fino

²⁰ Sull'accezione di presupposto rinvio ad un mio recente scritto *The Unwritten Presuppositions of Public Law*, «eudia», 2022, pp. 1-11: <https://www.eudia.org/essay-%E2%8E%A5-the-unwritten-presuppositions-of-constitutional-law/> Sullo Statuto albertino vedasi il punto di vista di T. Kröll, *Italiens Weg in den Faschismus. Eine verfassungsrechtliche Studie und zugleich ein Beitrag zu Fragen der Staats- und Verfassungslehre*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2014.

a quando non fu revocato dal centralismo feroce del regime di Mussolini²¹. In quella storia autonomista la tutela delle minoranze trovava molti solidi argomenti.

Nel *Memoriale riguardante l'autonomia del Tirolo meridionale* si legge poco della specialità linguistica, considerata come presupposta, e del conflitto *nazionale*; vi si trova invece un accorato, anche se non sempre cronologicamente preciso, richiamo alla storicità dell'autonomia, che ha avuto le sue origini nel Medioevo giuridico. Nelle prime righe del memoriale si avverte infatti che “un breve cenno storico è indispensabile per comprendere le richieste autonomistiche della popolazione tirolese e i loro moventi”, giacché “nelle sue linee fondamentali” la “struttura costituzionale, amministrativa e sociale” del Tirolo meridionale “era già delineata sul finire del XIII secolo e tale rimase fino alla fine del secolo XIX”²². Guggenberg, uomo politico dalla solida formazione giuridica, poneva l'enfasi sul sistema di limiti iscritti tradizionalmente nella storia autonomistica del “Tirolo meridionale”: “il governo del principe era, fino dal secolo XIII, ben limitato dai diritti di una specie di parlamento, senza il consenso del quale non si potevano emanare leggi, levare imposte e chiamare alle armi la popolazione”. Guggenberg usava la lingua della giurisprudenza familiare ai Costituenti e specialmente ai sostenitori del principio autonomista, edulcorando il passato, ma traendone al contempo un insegnamento per il presente: a sua detta “il senso e la volontà di auto-governo della popolazione, ed in ispecie dei contadini, rimasero per secoli costantemente vivi ed operanti” con la sola eccezione della “breve interruzione napoleonica”²³.

Guggenberg assottigliava il suo sguardo politico e giuridico in una prospettiva non solo storica ma anche comparata e lo affissava infine sull'allora recente esperienza austriaca, fervidamente percorsa da “due tendenze”, quella “federalista” da una parte e quella “favorevole al centralismo dall'altra”, confluite infine, con la Costituzione del 1867, in “una larga autonomia dei singoli *Länder*”, “così come si erano storicamente formati e sviluppati”²⁴.

²¹ O. Guggenberg, *Memoriale riguardante l'autonomia del Tirolo meridionale*, 16 settembre 1947. Questo memoriale inviato ai Costituenti è consultabile tra le carte del Fondo Bruni presso l'Archivio Basso in Roma (serie 3, fascicolo 60). Non sorprende di trovare questo documento poco noto, se non addirittura sconosciuto, tra le carte di un fervente autonomista come Gerardo Bruni. Ringrazio la responsabile dell'Archivio, Simona Luciani per l'assistenza nella consultazione dell'Archivio.

²² A scorrere quelle pagine salta all'occhio che si tratta di qualcosa di più di semplice *cenno*: tutto il memoriale è intriso di storicità.

²³ *Ibidem*, foglio 1, non numerato.

²⁴ *Ibidem*, foglio 2, non numerato. Sul peso della *Dezemberverfassung* del 1867 nel costituzionalismo austriaco che sfociò nella *Bundesverfassung* si veda tra tanti M. Thaler, *Grundlagen von Verfassungs-und*

Nel 1947 Guggenberg descriveva con parole a noi oggi assai orecchiabili l'autonomia austriaca: “la competenza tra Stato e *Länder* venne divisa in modo da lasciare allo Stato tutta un serie di attribuzioni generali, mantenendo alle Regioni la competenza che non era espressamente conferita allo Stato. In molte materie, nella legislazione sulle acque ad esempio, lo Stato emanava norme generiche e fissava i principii generali; le Regioni legiferavano nell'ambito di tale cornice”.

A dispetto di una narrativa sovente assuefatta al postulato di un atavico e insanabile conflitto tra gruppi linguistici e nazioni, il Segretario generale del partito popolare sudtirolese (SVP) non giudicava con sfavore neppure l'annessione del “Tirolo meridionale” all'Italia (1919), giacché “gli uomini di Stato responsabili promisero solennemente il mantenimento delle locali autonomie, godute fino a quel momento dai territori annessi”²⁵. Quelle *promesse* si sarebbero dovute tradurre in realtà e le trattative a tal fine erano in corso dal 1919 al 1921 sotto gli esecutivi presieduti da Nitti, Giolitti e Bonomi fino all'emanazione del R.D. n. 1319/1921 che prevedeva l'istituzione di commissioni locali e centrali per la definizione dei poteri legislativi delle diete provinciali. Tutte cose che allora avevano generato fiducia nello Stato italiano e che, commenta amaramente Guggenberg, “con l'avvento del fascismo” rimasero “lettera morta”²⁶.

Sulla base dell'argomento storicista la *Südtiroler Volkspartei*, che, come ricordato, non era rappresentata in Costituente, presentava all'Assemblea un progetto autonomistico nel quale si può oggi riconoscere il nucleo germinale dell'attuale assetto statutario e intratteneva uno schietto dialogo nella “speranza di ricevere *dalle mani del popolo italiano* la promessa autonomia che sola potrà garantire alla popolazione Tirolese, laboriosa e pacifica, un felice e tranquillo avvenire nell'orbita dello Stato italiano”²⁷.

In queste righe non è trascurabile l'assonanza con l'art. 5 Cost. e lo smaccato riferimento alla sovranità popolare come consustanziale al *riconoscimento* delle autonomie, portato della storia giuridica. Il principio autonomista avrebbe cioè radici pre-costituzionali, che la Carta del 1948 ha riconosciuto solennemente con la collocazione della lettera dell'art. 5 tra i principi fondamentali.

Mi piace ricordare a questo proposito uno scritto di Gaetano Salvemini sulle origini del

Verwaltungsrecht. Eine vergleichende Einführung zum Verständnis, 3. ergänzte vertiefte und aktualisierte Auflage, Wien, Facultas, 2017, p. 44 ss. in particolare.

²⁵ O. Guggenberg, *Memoriale riguardante l'autonomia del Tirolo meridionale*, cit., foglio 2, non numerato.

²⁶ *Ibidem*, foglio 3, non numerato.

²⁷ *Ibidem*, foglio 4, non numerato.

moderno concetto di autonomia nelle dottrine medievali. Salvemini riteneva fosse rintracciabile nel Medioevo giuridico e specialmente nella *teoria delle grandezze* di Bartolo da Sassoferrato l'origine di una sorta di divisione dei poteri *verticale* che frammentava la sovranità, una teoria che a detta di Salvemini fece nuovamente capolino nel Settecento con la filosofia giuridica di Montesquieu e specialmente nella sua celebre pagina sulla *république fédérative*.²⁸ Quella pagina fu scritta evidentemente a dispetto delle tendenze centraliste del regno di Luigi XV, ossia di quelle idee dominanti sotto la monarchia – di quel tratto dell'antico regime – che non fu abbattuto dai rivoluzionari e che uscì anzi corroborato nel nuovo scenario politico dopo il 1789²⁹. Quel tratto dell'antico regime si perfezionò infatti nella Francia rivoluzionaria, napoleonica e della restaurazione e fu emulato nel mondo tedesco soprattutto dopo la comparsa del *genio corruttore* di Hegel della *Philosophie des Rechts* del 1820³⁰. Diventò un modello europeo, fece scuola.

La lezione anticeutralista di Bartolo-Montesquieu aveva influenzato le pagine sul decentramento amministrativo di Alexis de Tocqueville, che aggiornava l'insegnamento del suo illustre predecessore Montesquieu proponendo per gli ordinamenti democratici non solo una divisione orizzontale dei poteri pubblici (in esecutivo, giudiziario e legislativo),

²⁸ G. Salvemini, *La teoria di Bartolo da Sassoferrato sulle costituzioni politiche*, in *La dignità cavalleresca nel Comune di Firenze e altri scritti*, Milano, Feltrinelli, 1972, pp. 331–350: “La teoria di Bartolo – scriveva Salvemini – si ritrova quattro secoli dopo la morte del suo autore, proprio dove meno ce la aspetteremo” (lo scritto di Salvemini è del 1901 e fu pubblicato sugli *Studi storici*). Così infatti Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, IX, I): “Si une république est petite, elle est détruite par une force étrangère; si elle est grande, elle se détruit par un vice intérieur. Ce double inconvénient infecte également les démocraties et les aristocraties, soit qu'elles soient bonnes, soit qu'elles soient mauvaises. Le mal est dans la chose même; il n'y a aucune forme qui puisse y remédier. Ainsi il y a grande apparence que les hommes auroient été à la fin obligés de vivre toujours sous le gouvernement d'un seul, s'ils n'avoient imaginé une manière de constitution qui a tous les avantages intérieurs du gouvernement républicain, et la force extérieure du monarchique. Je parle de la république fédérative. Cette forme de gouvernement est une convention par laquelle plusieurs Corps politiques consentent à devenir citoyens d'un État plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés, qui en font une nouvelle, qui peut s'agrandir par de nouveaux associés qui se sont unis”. Come non notare qui l'assonanza tra la “société de sociétés” di Montesquieu e l'espressione “ordinamento degli ordinamenti” di Santi Romano?

²⁹ È questa la tesi di Tocqueville (*L'Ancien Régime et la Révolution*, in *Oeuvres complètes*, III, textes présentés par F. Furet et F. Mélonio, établis et annotés par F. Mélonio, Paris, Gallimard, 2004, p. 80: “Je veux bien que la centralisation soit une belle conquête, je consens à ce que l'Europe nous l'envie, mais je soutiens que ce n'est point une conquête de la Révolution. C'est, au contraire, un produit de l'Ancien Régime, et, j'ajouterai, la seule portion de la constitution politique de l'Ancien Régime qui ait survécu à la Révolution, parce que c'était la seule qui pût s'accommoder de l'état social nouveau que cette Révolution a créé”.

³⁰ A proposito del successo del modello centralista nella Francia post-rivoluzionaria prima e in Germania poi si ricordi l'ammirazione di Hegel per Napoleone e per il suo Stato accentratore, uno Stato che il filosofo si augurava di veder emulato in Germania e nella sua *Verfassung*. Si vedano K. Rosenkranz, *Hegels Leben*, Berlin, Duncker & Humblot, 1844, trad. it. *Vita di Hegel*, a cura e con introduzione di R. Bodei, Milano, Bompiani, 2012³, p. 541 e H. Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, trad. it. *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, a cura di A. Merlino e con prefazione di C. Amirante, Foligno, Il Formichiere, 2021.

ma anche una divisione verticale: nel modello autonomista, che aveva addirittura nella *township* la *culla* della democrazia e della libertà politica, Tocqueville riponeva alcune delle sue esili speranze per il futuro democratico in Europa³¹.

Tutte queste cose erano assai note ai Costituenti italiani (gli apprezzati interlocutori di Guggenberg, nel suo memoriale). Persino il grande vecchio della dottrina giuridica ai tempi dello Statuto albertino, Vittorio Emanuele Orlando, aveva pronunciato nel 1947 la sua veemente abiura del modello jellinekiano della autolimitazione statale, secondo il quale appunto i diritti non sono riconosciuti, ma concessi da uno Stato che si auto-imbriglia, ma che in fondo resta il padrone esclusivo dell'ordinamento giuridico³². Quel modello, al quale Orlando aveva a lungo creduto, era paragonato in una nota sferzata al barone di Münchhausen, che per scampare all'annegamento si illude di sollevarsi dall'acqua traendosi per i capelli con le sue stesse mani³³. Uno Stato che si autolimita, infatti, può revocare in ogni momento le barriere che esso solo ha posto a sé medesimo e, con queste, abolire ogni forma di autonomia e ogni diritto contrastante con il predominio dello *Staatsrecht*.

Sempre nel 1947, il più brillante allievo di Orlando, Santi Romano (che a differenza del maestro non sedeva, come noto, in Costituente, ma ne ispirava il dibattito grazie alla diffusione del suo pensiero) aveva pubblicato la voce *Autonomia* nei *Frammenti di un*

³¹ “Lorsque la tyrannie vient à s’établir dans le sein d’une petite nation, elle y est plus incommode que partout ailleurs, parce qu’agissant dans un cercle plus restreint, elle s’étend à tout dans ce cercle. ne pouvant se prendre à quelque grand objet, elle s’occupe d’une multitude de petits; elle se montre à la fois violente et tracassière. Du monde politique, qui est, à proprement parler, son domaine, elle pénètre dans la vie privée, Après les actions, elle aspire à régenter les goûts; après l’État, elle veut gouverner les familles. Mais cela arrive rarement; la liberté forme, à vrai dire, la condition naturelle des petites sociétés. Le gouvernement y offre trop peu d’appât à l’ambition, les ressources des particuliers y sont trop bornées, pour que le souverain pouvoir s’y concentre aisément dans les mains d’un seul. Le cas arrivant, il n’est pas difficile aux gouvernés de s’unir, et, par un effort commun, de renverser en même temps le tyran et la tyrannie. Les petites nations ont donc été de tout temps le berceau de la liberté politique. Il est arrivé que la plupart d’entre elles ont perdu cette liberté en grandissant; ce qui fait bien voir qu’elle tenait à la petitesse du peuple et non au peuple lui-même. L’histoire du monde ne fournit pas d’exemple d’une grande nation qui soit restée longtemps en république, ce qui a fait dire que la chose était impraticable. Pour moi, je pense qu’il est bien imprudent à l’homme de vouloir borner le possible et juger l’avenir, lui auquel le réel et le présent échappent tous les jours, et qui se trouve sans cesse surpris à l’improviste dans les choses qu’il connaît le mieux. Ce qu’on peut dire avec certitude, c’est que l’existence d’une grande république sera toujours infiniment plus exposée que celle d’une petite. Toutes les passions fatales aux républiques grandissent avec l’étendue du territoire, tandis que les vertus qui leur servent d’appui ne s’accroissent point suivant la même mesure” (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, I, VIII, in *Oeuvres complètes*, II, édition publiée sous la direction d’André Jardin, Paris, Gallimard, 1992, pp. 178-179).

³² Si veda D. Quaglioni, *Ordine giuridico e ordine politico: Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in F. Liotta, (a cura di), *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, II, Bologna, Monduzzi Editore, 2007, pp. 421-459.

³³ V.E. Orlando, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 1/1947 pp. 5-63.

dizionario giuridico, sviluppando coerentemente il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici già esposto ne *L'ordinamento giuridico* del biennio 1917-1918 (riedito, non a caso e senza variazioni nel 1946)³⁴.

Romano aveva lamentato la perniciosa confusione tra autonomia e sovranità: questa mancata distinzione tra i due concetti, che ritroviamo invece affermata nell'art. 5 Cost., era foriera di pericoli, giacché finiva per negare che l'autonomia fosse connotato degli ordinamenti non originari. Per Romano infatti quegli ordinamenti interni allo Stato non necessitavano di una norma che attribuisse loro il carattere dell'autonomia, giacché se la attribuivano da sé in accordo con la realtà giuridica, espressione che richiama un'altra voce dei *Frammenti*³⁵.

In questa prospettiva l'autonomia non solo era da considerarsi come realtà preesistente, ma anche consustanziale all'*ordinamento degli ordinamenti*, che per Romano rimaneva lo Stato: così configurata, l'autonomia era necessariamente il termine relazionale della sovranità, senza l'una non si dava l'altra. Queste idee, assai diffuse ai tempi della Costituente, risentivano della tradizione di pensiero che aveva posto enfasi sulla natura costituzionale dei corpi intermedi, una tradizione che riviveva nella modernità, in Montesquieu interprete della tradizione antiassolutista, ad esempio, e in Tocqueville lettore di Montesquieu e ancora, in Italia, in Capograssi e Romano, una tradizione che andava a contrastare il centralismo giuridico e politico dello Stato moderno, con lo scopo di dividere la sovranità, di giungere cioè alla meta giuridica della *souveraineté partagée* non solo sul piano orizzontale ma anche su quello verticale³⁶.

I *corpi intermedi* fungevano in questo senso da limite costituzionale, interno alla sovranità. Il loro assorbimento nel centralismo più accentuato era considerato foriero di pericoli e noi sappiamo bene a quali derive condusse il modello hegeliano, quello che secondo il giurista tedesco Hermann Heller ispirò i Gerber, i Laband, gli Jellinek per approdare nel Novecento nelle forme delle esasperazioni dottrinali di Kelsen e di Schmitt. Quel modello presupponeva lo Stato come valore in sé, negatore in fondo di tutto ciò che si eleva al di sopra della sua struttura giuridica (il diritto internazionale) e sprezzante per tutto ciò che

³⁴ Su Santi Romano si veda V. Frosini, *Kelsen e Romano*, in C. Röhrssen (a cura di), *H. Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 161-168, ora in *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, 1998², pp. 45-56.

³⁵ S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 14. Per la voce *Realtà giuridica* si vedano p. 213 ss. specialmente.

³⁶ Sulla sovranità divisa in Montesquieu e Tocqueville rinvio a A. Merlino, *Tocqueville lettore di Montesquieu*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, pp. 919-933.

esiste al di sotto (le autonomie). Insomma, lo Stato come valore transpersonale, soverchiante insieme all'ordinamento sovranazionale e alle autonomie anche i diritti fondamentali della persona.

Un antidoto a questo morbo giuridico va tuttora ricercato nella riflessione filosofica sul passato, giacché nella storia si trova la miccia per accendere una luce sul presente ed evitare che si navighi nelle tenebre, secondo la parola di Tocqueville³⁷. Le dottrine centraliste richiedevano infatti un atto di limitazione spirituale, ossia, l'espunzione del passato e del suo intendimento dalla scienza giuridica e, nel nostro caso, il disconoscimento dell'autonomia come storia giuridica, quella che ogni despota pretende di negare o di piegare, deformandola, ai suoi scopi.

Tutte cose che non appartengono ad un passato perento, ma sono immanenti nel presente, giacché, crocianamente, tutta la storia è sempre storia contemporanea³⁸. Tutte cose che ci sono care specialmente oggi, mentre forze politiche populiste vorrebbero camuffare sotto le vesti dell'autonomia delle piccole satrapie (per essere veramente autonomi, infatti, non bisogna solo pretendere *autonomia*, ma anche concederla. In questo senso la storia non si è fermata nel 1972 ma esige di essere proseguita lungo una strada ancora e sempre da percorrere)³⁹.

Infine, l'autonomia ha il suo fondamento nel passato, ma vive nella storia ed è quindi aperta al futuro, necessita di evolvere con il fluire del tempo e con il cambiamento della società e delle sue aspirazioni. Un ordinamento giuridico e sociale che non mutasse, non sarebbe vivo, ma morto. Qui però il mio presente contributo conclude e lo sguardo retrospettivo apre a pagine future ancora tutte da scrivere.

Abstract: Il contributo riguarda l'autonomia della Provincia di Bolzano. Questa ha nel

³⁷ Si veda di recente A. Lucarelli, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, pp. 52-71. Lucarelli ha scritto di "senso della tradizione", "inteso come metodo interpretativo, ma soprattutto fondativo e comprensivo, di modelli, forme, categorie, istituti, concetti giuridici nei suoi processi evolutivi", quindi non come "riproposizione, in chiave conservatrice o conservativa di categorie del passato", ma "in una prospettiva epistemologica" (p. 53).

³⁸ Si veda B. Croce, *Teoria e storia della storiografia*, seconda edizione riveduta, Bari, Laterza, 1920, pp. 3-16.

³⁹ Sulla critica giuridica al populismo si vedano A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021 e il volume di R. Chiarelli (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015. Si confronti con S. Kirste, *The Populist Reversal of Constitutionalism. From the Dialectical Unity of Democracy and the Rule of Law to the Negative Dialectic of Populist's Anti-Institutionalism*, in *Populism*, ed. by S. Kirste and N. Paulo, Franz Steiner Verlag, Berlin, 2021, pp. 35-61. In fondo, il dibattito pubblico sul federalismo in Italia risente di tendenze accentratrici, da trasferire ed emulare su "piccola scala" ossia aspirando alla formazione di mini-Stati, specchio locale del vecchio Stato nazionale: ma questo non è federalismo, è un'altra cosa.

secondo Statuto di autonomia del 1972 la sua fonte giuridica principale, che però poggia su fondamentali presupposti giuridici, storici e filosofici. Non è un caso che nel 1947 il Segretario generale del Partito popolare sudtirolese Otto Guggenberg scriveva alla Costituente ricordando la storia autonomista del Tirolo come argomento principale per il riconoscimento dell'autonomia nel solco della sovranità popolare che si andava costituendo. Del resto, sovranità e autonomia erano stati dichiarati dalla Costituente concetti relazionali nell'art. 5, che condensava la lezione di pensatori come Montesquieu e Tocqueville.

Lo sguardo giuridico, storico e filosofico sui presupposti dell'autonomia è una ricerca sulle sue origini, che guarda al passato per immaginare il futuro.

Abstract: This paper concerns the autonomy of the Province of Bolzano. The latter has its main juridical source in the second Autonomous Statute (1972), which, however, relies on fundamental legal, historical and philosophical presuppositions. Nor is it a coincidence that back in 1947, the Secretary of the *Südtiroler Volkspartei* Otto Guggenberg, wrote to the Constituent Assembly, recalling the autonomist history of the Tyrol as the main argument for the recognition of autonomy in the wake of the popular sovereignty that was being established. Indeed, sovereignty and autonomy were declared by the Constituent Assembly in Article 5 as relational concepts, which condensed teachings provided by philosophers such as Montesquieu and Tocqueville. A legal, historical and philosophical look at the assumptions of autonomy is an enquiry into its origins, glancing at the past to imagine the future.

Parole chiave: Assemblea costituente – Statuto di autonomia – Provincia di Bolzano – sovranità – *Südtiroler Volkspartei* – presupposti dell'ordinamento giuridico.

Key words: Constituent Assembly – Autonomous Statute – Province of Bolzano – Sovereignty – *Südtiroler Volkspartei* – Presuppositions of the legal order.

CLIMATE LITIGATION BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: SOME OBSERVATIONS ON THE CASE *KLIMASENIORINNEN AND OTHERS V SWITZERLAND**.

di Anna Liguori**

38

Sommario. 1. Introduction. – 2. The case *Klimaseniorinnen and Others v Switzerland*. – 3. Some observations on the status of victim and violation of positive obligations under Articles 2 and 8 ECHR in light of the hearing before the Grand Chamber. – 3.1. The victim status. – 3.2. Violation of positive obligations under Articles 2 and 8 ECHR. – 3.3. Considerations on the collective causation problem. – 4. Conclusions.

1. Introduction.

«The world has never seen a threat to human rights of the scope presented by climate change. This is not a situation where any country, any institution, any policy-maker can stand on the side-lines. The economies of all nations; the institutional, political, social and cultural fabric of every State; and the rights of all [...] people – and future generations – will be impacted». With these words, taken from a speech delivered by the High Commissioner for Human Rights in 2019¹, the counsel of the applicants in the case of *Klimaseniorinnen v Switzerland*² made his opening remarks before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights at the public hearing held on 29 March 2023. The hearing on *Klimaseniorinnen v Switzerland* has been the first one concerning climate change-related violations of human rights before the Strasbourg Court³ (two additional

* Submitted to a peer blind review. The contribution is part of the University Research Project of the University of Naples L'Orientale on *Anthropocene/Capitalocene and international migrations*".

** Associate Professor of International Law – University of Naples L'Orientale.

¹ Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet at the 42nd session of the Human Rights Council, 9 September 2019.

² *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, no. 53600/20, Grand Chamber hearing of 29 March 2023 available at the following link: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5360020_29032023&language=lang&c=&py=2023.

³ The application was brought against Switzerland on 26 November 2020; *Duarte Agostinho et al v Portugal and 32 Others Member States* on 7 September 2020.

cases have been so far referred to the Grand Chamber: *Carême v France*⁴, whose hearing already took place on 29 March 2023 afternoon, and *Duarte Agostinho v Portugal and 32 Other Member States*⁵ – the hearing is scheduled for 27 September 2023).

Numerous other applications have been so far introduced before the Strasbourg Court⁶, putting it squarely at the core in the “Rights Turn in Climate Change Litigation”⁷.

In the past, the European Court of Human rights has examined many cases concerning human rights violations as a result of environmental degradation and natural disasters, even in the absence of the explicit provision of the right to a healthy environment in the Convention⁸. After an initial phase in which the applications concerning environmental issues were declared inadmissible⁹, the Strasbourg bodies¹⁰ have developed a rich and interesting case-law applying mainly¹¹ positive obligations¹² inherent in Articles 2 and 8

⁴ *Carême v France*, no. 7189/21: on this case see M. Torre-Schaub, *The Future of European Climate Change Litigation: The Carême case before the European Court of Human Rights*, in *Verfassungsblog*, 10 August 2022.

⁵ *Duarte Agostinho et al v Portugal and 32 Others Member States* (no 39371/20): on this case see P. Clark, G. Liston and I. Kalpouzos, *Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case*, in *EJIL:Talk!*, 6 October 2020.

⁶ However, the Court has decided to adjourn its examination of six cases until such time as the Grand Chamber has ruled in the climate change cases before it: www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf.

⁷ See J. Peel and H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 37 ff; A. Savaresi, *Human Rights and the Impacts of Climate Change: Revisiting the Assumptions*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2021, p. 231 ff.

⁸ On proposals within the Council of Europe see N. Kobylarz, *Derniers développements sur la question environnementale et climatique au sein des différents Organes du Conseil de l'Europe*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2022, p. 66 ff. Within the United Nations on 8 October 2021 the Human Rights Council adopted Resolution 48/13 on *The human rights to a clean, healthy and sustainable environment*, UN Doc. A/HRC/RES/48/13, and on 28 July 2022 the General Assembly adopted Resolution 76/300 on *The human rights to a clean, healthy and sustainable environment*, UN Doc. A/RES/76/300, 1 August 2022: on this last resolution see V. Grado, *Il diritto umano universale a un ambiente sano: recenti (e futuri) sviluppi*, in *La Comunità internazionale*, 2023, p. 225 ff.

⁹ ECHR Court, judgment *Airey v Ireland*, 9 October 1979, p. 14; Com. EDH, *Dr S. c. RFA*, App. No 715/60 decision on admissibility, 5 August 1969; Com. EDH, *X et Y c. RFA*, App. no 740176 decision on admissibility, 13 May 1976.

¹⁰ The Commission and the Court till the entry into force of the Protocol no 11 (1 November 1998), which set a single, full-time Court.

¹¹ Also Article 1 Protocol No. 1, Article 6 and Article 13 ECHR; less frequently also art. 14 ECHR (prohibition of discrimination), as in the case *Greenpeace Nordic and Others v Norway* (App. no 34068/21) and art. 3 ECHR, raised *proprio motu* by the Court in the *Duarte* case: see on this point C. Heri, *The ECtHR's Pending Climate Change Case: What's Ill-Treatment Got To Do With It?*, in *EJIL:Talk!*, 22 December 2020.

¹² In general terms, positive obligations require States to take reasonable steps to avoid a risk of harm about which they knew or ought to have known. Therefore, a foreseeable and significant risk concerning the enjoyment of a right, and a possibility for the State to prevent or limit a risk or remedy its consequences are necessary conditions. For an in-depth analysis on positive obligations in relation to the *Klimaseniorinnen* case see E. Schmid and V. Boillet, *Tierce intervention au sens de l'article 44 (3) du Règlement de la Cour*, Centre de droit comparé, Université de Lausanne, 2022 and literature quoted therein (available at https://www.klimaseniorinnen.ch/wp-content/uploads/2023/01/53600_20_GC_OBS_P3_Universite_de_Lausanne__Mmes_Schmidt_et_Boillet_25_11_22.pdf).

ECHR, both in relation to environmental damage¹³ and natural disasters¹⁴, recurring to the *evolutionary interpretation* of the Convention (according to which the Convention is «a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law»¹⁵).

However, using the *human rights toolbox* for the consequences of climate change poses additional challenges, because climate change is due to transboundary gas emissions caused by multiple actors¹⁶ and the consequences concern the whole of humanity but in an unequal way¹⁷ (and indeed the greatest consequences mainly concern States in regions of the world that for the past have contributed only minimally to CO₂ emissions) and complex questions arise regarding causal link, attribution and responsibility.

2. The case *Klimaseniorinnen and Others v Switzerland*.

The applicants are the association Klimaseniorinnen and four elderly ladies who, after exhausting domestic remedies, turned to the European Court on 26 November 2020 alleging a violation of Articles 2 (right to life) and 8 (protection of private and family life) ECHR due to Switzerland's failure to take appropriate measures to reduce the (already present and future) risks for their health and lives connected to climate change. They also raised questions about Articles 6 and 13 ECHR: since 2016 they had urged a number of authorities to make up for their failure to take the necessary measures to meet the 2030 goal set by the 2015 Paris Agreement on climate change (COP21), in particular to limit global warming to well below 2 degrees Celsius compared to pre-industrial levels. The Federal Court, however, rejected their request, affirming inter alia that, «even invoking the concept

¹³ See *ex multis* ECtHR, *Guerra and Others v Italy*, App. no 116/1996/735/932, judgment of 19 February 1998; *Öneryıldız v Turkey*, no 48939/99, judgment of 30 November 2004; *Tătar v Romania*, no 67021/01, judgment of 27 January 2009.

¹⁴ See *ex multis* ECtHR, *Budayeva and Others v Russia*, App. Nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, judgment of 20 March 2008; *Kolyadenko and Others v Russia*, Appeals Nos 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, judgment of 28 February 2012.

¹⁵ See M. Torre-Schaub, *La protection de l'air et de l'atmosphère en Europe. Focus sur la Cour européenne des Droits de l'Homme. Quelles potentialités pour la lutte contre le changement climatique?*, in *Blog de ClimaLex*, 30 May 2022, p. 4, who mentions also another mechanism, i.e. "protection par ricochet", adding that "les deux techniques se recoupent parfois".

¹⁶ As pointed out by V. Grado, *Il diritto umano universale a un ambiente sano*, cit., p. 226, the threefold planetary crisis of climate change, biodiversity loss and pollution is mainly fuelled by activities carried out by private companies domestically and transnationally.

¹⁷ H. Keller and C. Heri, *The future is now*, cit., p. 154.

of ‘potential victim’, the applicants were still required to demonstrate that they were sufficiently affected by the alleged failings. As it had not been established that they had sufficient standing, the court was of the view that their claims were tantamount to an *actio popularis*»¹⁸.

The European Court of Human Rights, aware of the urgency and importance of the issues at stake in the present case, gave priority to the case and communicated it to the Swiss Government on 25 March 2021; subsequently, on 26 April 2022, the Chamber of the European Court of Human Rights relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber and on 29 March 2023 a public hearing took place before the Grand Chamber, with a large participation of scholars, associations and press. Although predicting what the Court will say is difficult, the fact that both admissibility and substantive issues were dealt with at the hearing, suggests that the Court will rule on both admissibility and merits¹⁹.

Several challenging issues have been raised in the application and in the written observations submitted by both parties and by the numerous subjects authorized to intervene (eight Member States and numerous associations, Legal Clinics and individual Professors²⁰). In this contribution, however, after a brief presentation of the case, my analysis will focus on two aspects²¹ which were at the centre of the hearing before the Grand Chamber on 29 March 2023, namely the notion of victim and the applicability of Articles 2 and 8 ECHR – more specifically, of the positive obligations inherent in these articles – in the light of the commitments undertaken by States under international climate law²². These issues, indeed, recur in several other cases pending before the Strasbourg Court and have already been the subject of domestic decisions, as in the well-known *Urgenda* case²³, in which the Supreme Dutch court have for the first time, by resorting to

¹⁸ Information Note on the Court’s case-law, April 2021, available at file:///C:/Users/Anna/Downloads/Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%20and%20others%20v.%20Switzerland%20(communicated%20case)%20(1).pdf250.

¹⁹ See on this point H. Arling and H. Taghavi, *KlimaSeniorinnen v Switzerland – A New Era for Climate Change Protection or Proceeding with the Status Quo?*, in *EJIL:Talk!*, 6 April 2023.

²⁰ <https://en.klimasenioren.ch/>

²¹ For a complete analysis on the substantive and procedural aspects of the case in question and the other cases pending before the Strasbourg Court see M. Torre-Schaub, *La protection de l’air et de l’atmosphère*, cit., and H. Keller and C. Heri, *The Future is Now: Climate Cases before the ECHR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, pp. 1-23 and literature indicated therein.

²² On the same day of the hearing, on 29 March 2023, the General Assembly of the United Nations adopted by consensus a resolution requesting an advisory opinion from the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change (following the request, with the support of more than 100 countries, from Vanuatu, a Pacific island State which, due to sea-level rise caused by climate change, risks disappearing), <https://press.un.org/en/2023/ga12497.doc.htm>.

²³ Supreme Court of the Netherlands, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation*, no. 19/00135, judgement of 20 December 2019 (www.urgenda.nl), which was followed by a large number of national

Articles 2 and 8 ECHR, ordered Netherlands to reduce its greenhouse gas (GHG) emissions with at least 25% by the end of 2020.

3. Some observations on the status of victim and violation of positive obligations under Articles 2 and 8 ECHR in light of the hearing before the Grand Chamber.

3.1. The victim status.

One of the key issues for the Court is a procedural one, i.e. the victim status of the applicants, with respect both to the four elderly women (applicants 2-5) and to applicant n. 1, Verein Klimaseniorenen, an association under Swiss law for the prevention of climate change (counting more than two thousand elderly women as members).

Applicants 2–5 claim to be *direct victims* of Respondent's omissions, because, «with every heatwave, they were and continue to be at a real and serious risk of mortality and morbidity greater than the general population»²⁴, alleging in some cases also specific health problems²⁵; they additionally claim that they are *potential victims* «because omissions in reducing GHG emissions in line with the Paris limit will significantly *increase* their risk of heat-related mortality and morbidity». They allege to this end scientific data that attest, on one hand, that the raise of temperature is affecting more and more life, health and family and private life in Switzerland, and, on the other hand, that the risk of mortality or morbidity is higher for elder women²⁶.

In respect of Applicant n. 1, the victim status is alleged because the Respondent's omissions prevent Applicant 1 from furthering one of its main objectives (since the association's aim is to prevent health hazards caused by climate change) and because the association «offers many of its members the only viable way to defend their rights effectively»²⁷. To this end

decisions similarly referring to the ECHR. For an overview, see P. Pustorino, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 596 ff.; J. Setzer and C. Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

²⁴ See Application, Additional Submission, par. 33, available at <https://www.klimasenioren.ch>.

²⁵ *Ibidem*, par. 7.

²⁶ *Ibidem*, par. 34. On the debate concerning science before courts see: L. Lima and C. Ragni, *Science before international tribunals: Deference or distrust?*, in *QIL*, 31 March 2023.

²⁷ *Ibidem*, par. 35.

the applicants recall a very interesting case, *Gorraiz Lizarraga and Others v Spain*²⁸, where the Court stated that «indeed, in modern-day societies, when citizens are confronted with particularly complex administrative decisions, recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to them whereby they can defend their particular interests effectively»²⁹.

For both categories of applicants, the Application affirms that there is a *sufficient close connection* between Respondent's omissions in climate protection and the risk of heat-related mortality as well as the current and future impairments of the Applicants' health³⁰, recalling to this end scientific data³¹. Moreover, it adds that the Applicants should not be denied victim status simply because a general public interest co-exists with their particular interest (recalling to this end *Tătar v Romania*³² and *Di Sarno v Italy*³³), pledging for an evolutive interpretation of the concept of victim, in order to ensure that protection of the rights guaranteed by the Convention isn't *ineffective and illusory*.

As the Court has previously stated, under Article 34 ECHR, a victim is the person directly affected by the act or omission which is in issue. At this stage, the violation alleged need only be «conceivable»; in addition, «there must be a *sufficiently direct link* between the applicant and the harm which they consider they have sustained on account of the alleged violation»³⁴. As a consequence, the Court declares inadmissible actions alleging that a domestic law is contrary to the ECHR if it is not established that it has a direct effect on the applicants, unless the applicants prove that they belong to a category of persons who are particularly likely to be affected by the legislation in question³⁵.

However, as pointed out³⁶, «the Court has previously allowed environmental applications that combine public and individual interests, using reasoning that could be replicated in climate cases». The 2019 *Cordella v Italy*³⁷ case is emblematic: the Court, relying on scientific evidence, took into consideration the link between pollution caused by the still works and the impact on health conditions of local populations, and affirmed that the persistence of such a situation of environmental pollution endangered the health of the

²⁸ *Gorraiz Lizarraga and Others v Spain*, no. 62543/00, judgement of 27 April 2004.

²⁹ Ibidem, par. 38.

³⁰ Application, Additional Submission, par. 38.

³¹ Alleged in sections 1.1, 1.2 and 1.5.

³² *Tătar v Romania*, no. 67021/01 judgement of 27 January 2009.

³³ *Di Sarno et al v Italy*, no. 30765/08, judgement of 10 January 2012.

³⁴ *Gorraiz Lizarraga and Others v Spain*, cit., par. 35.

³⁵ ECHR Court, Practical guide on admissibility criteria, updated on 31 August 2019, par. 33-34.

³⁶ H. Keller and C. Heri, *The Future is Now*, cit., p. 156.

³⁷ *Cordella and Others v Italy*, judgment of 24 January 2019 (nos. 54414/13 & 54624/15).

applicants and at the same time of the entire population living in the areas at risk.³⁸ In other words, «the mere fact that the challenged act or omission impacted a large swath of the population — or even virtually all of the population — did not stop the Court from recognizing victim status and assessing the merits of the case»³⁹. In addition, it is important to stress the role played in the *Cordella* case by science: *mutatis mutandis*, in the light of the scientific evidence offered in particular by the IPCC⁴⁰ on the risks of climate change for human life and health, also the applicants in the *Klimaseniorinnen* case should be considered victims. More specifically, as convincingly argued in the Third Party Written Submission on behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt⁴¹, the applicants, as elderly women, have already experienced the impact on their health (and in some case on their lives) of heatwaves, which are a consequence of climate change (caused mainly by the emission of greenhouse gases). States have indeed the power to reduce emissions «but often fail to do so in a manner that would prevent deleterious warming. The elderly thus can be considered *direct* victims, as there is – at minimum – a conceivable violation of the Convention attributable to states’ failure to sufficiently regulate greenhouse gas emissions»⁴². In addition, they are also *potential* victims «owing to the risk of a future violation»⁴³. As previously stated by the Court, to this end «an applicant must produce reasonable and convincing evidence of the likelihood that a violation affecting him personally will occur; mere suspicion or conjecture is insufficient»⁴⁴. However, as pointed out, «the international scientific consensus»⁴⁵ establishes that climate change will worsen as more greenhouse gases are emitted and the elderly will continue to face disproportionate harms if business continues as usual», thus providing «far more than ‘reasonable and convincing evidence’ of the likelihood of a future

³⁸ Press release issued by the Registrar of the Court, ECHR 029 (2019).

³⁹ See Third Party Written Submission on behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt, available at: <https://www.klimaseniorinnen.ch/wp-content/uploads/2021/11/Global-Justice-Clinic-Climate-Litigation-Accelerator-C.-Voigt.pdf>.

⁴⁰ The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) is the United Nations body for assessing the science related to climate change: see <https://www.ipcc.ch/>.

⁴¹ Third Party Written Submission on behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt, cit.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Taura and Others v France*, no. 28204/95, decision on admissibility of 4 December 1995, par. 130.

⁴⁴ *Skender v the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 62059/00, decision on admissibility of 10 March 2005, par. 8.

⁴⁵ As recently attested by authoritative bodies like the Intergovernmental Panel on Climate Change (“IPCC”) in its last Report (see note n. 40).

violation of the elderly's rights»⁴⁶.

Such a conclusion, which is very likely with respect to individual Applicants no. 2-5, could be accepted in my opinion also with respect to Applicant n. 1, in the light of the abovementioned case *Gorraiz Lizarraga and Others v Spain*⁴⁷, although the following case-law on NGO legitimization active is still “restrictive and occasionally contradictory”⁴⁸. An openness on the part of the Strasbourg Court would be very important, also in light of the restrictive position of the Court of Justice of the European Union, which in a recent case declared the application inadmissible – recalling the Plaumann jurisprudence –, because the plaintiffs were not *individually concerned* by a legislative package of mitigation measures because they were not the addressees of those acts⁴⁹. As noted, such a position would have the «perverse effect that the more serious the damage, and hence the more persons are affected, the less access to courts is provided»⁵⁰. A similar argument was also raised during the hearing of 29 March 2023: «individuals who are directly or lightly affected by climate harm can be victims for the purposes of Article 34 even though countless others are similarly affected» and that «to deny standing simply because too many others are also affected would mean that the most injurious and widespread Government action could be questioned by nobody»⁵¹.

3.2. Violation of positive obligations under articles 2 and 8 ECHR.

One might wonder when the Court will address the question concerning the victim status

⁴⁶ Third Party Written Submission on behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt, cit., par. 20.

⁴⁷ See H. Keller and A. Pershing, *Climate Change in Court: Overcoming Procedural Hurdles in Transboundary Environmental Cases*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2021, p. 38.

⁴⁸ See H. Keller and C. Heri, *The future is now*, cit., p. 157, and N. Kobylarz, *The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation*, in H. Tegner Anker and B. Egelund Olsen (eds), *Sustainable Management of Natural Resources: Legal instruments and Approaches*, Intersentia, 2018, p. 109.

⁴⁹ General Court order, 8 May 2019, case T-330/18, *Carvalho and Others v Parliament and Council*: see M. Montini, *Verso una giustizia climatica basata sui diritti umani*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020, p. 530; G. Winter, *Armando Carvalho and Others v EU: Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, p. 137 ff.; M. E. Harris, *Carvalho and Others v Parliament and Council: Climate Justice and 'Individual Concern'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 175 ss. The Court of Justice declared the appeal inadmissible, confirming the General Court's position by a judgment delivered on 25 March 2021 (case C-565/19 P).

⁵⁰ See on this point G. Winter, *Armando Carvalho and Others v EU*, cit, p. 158.

⁵¹ Statement by Ms. Sandvig for the European Network of National Human Rights Institutions: see Transcript of the hearing, available at <https://en.klimaseniorinnen.ch/wp-content/uploads/2023/05/Transcript-Hearing-29-March-2023-final.pdf>, p. 20-21.

(assuming that it does not instead take a restrictive approach by declaring the appeal inadmissible as an *actio popularis*): that is, whether it will decide to examine it at the stage of admissibility, or join it with the merits, as it has done in other cases⁵², also because, as noted, “if the allegation is an omission to take sufficient measures required by a positive obligation, the legal assessment inevitably requires at least a preliminary engagement with the scope of the positive obligation when deciding whether the applicants have victim status [...] To know if an omission exists and if the applicant(s) are affected by it, one must first ask what measures would have, approximately, been required”⁵³ and compare what the State actually did with what is required by the international obligations at stake, i.e. in the present case article 2 and 8 ECHR, read in light of the long-term temperature goal provided for in article 2 par 1(a) and the due diligence obligation contained in Article 4 par. 3 of the Paris Agreement⁵⁴.

Indeed, in the application, in the Applicants written observations on the Facts and the Law, in most of the *Amicus Curiae* Interventions as well as during the hearing, a huge attention has been devoted to the debate on scientific data to demonstrate that «Switzerland’s climate strategy falls far short of what is necessary. Notably, its commitment to reduce domestic emissions to 34% below its 1990 emission levels by 2030 is clearly inadequate to keep the 1.5°C-Limit. Moreover, it is significantly lower than the EU’s commitment to 55%»⁵⁵. For these reasons, the applicants ask the Court to order Switzerland urgently to adopt legislative and administrative measure to do its share to prevent a global temperature increase of more than 1.5°C, including concrete emission reduction targets: as specified in the Application, «In view of the magnitude of the risks climate change imposes, the clear science, the urgency of the situation and the *clear ultimate objective* of the UNFCCC⁵⁶, [...] the Respondent has to take *all measures that are not impossible* or disproportionately

⁵² See H. Keller and C. Heri, *The future is now*, cit., p. 158, in particular case-law quoted at note 31.

⁵³ See E. Schmid, *Victim Status before the ECtHR in Cases of Alleged Omissions: The Swiss Climate Case*, in *EJIL: Talk!*, 30 April 2022; for an in-depth analysis on this point see E. Schmid and V. Boillet Third Party intervention, cit.

⁵⁴ See Third Party Written Submission on Behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt, cit., par 34-52; M. Wewerinke-Singh, *State responsibility, climate change and Human Rights under International Law*, Oxford Hart, 2020, p. 88 ff.

⁵⁵ <https://en.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2022/12/20221205-PR-EN-Submission.pdf>

⁵⁶ It is the ultimate objective of the UNFCCC, ratified by Switzerland in 1993, to «prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system». To reach that goal, in the 2010 Cancun Agreements, Switzerland committed to «reducing global greenhouse gas emissions [...] below 2°C above pre-industrial levels», recognizing the need to «strengthen the long-term global goal on the basis of the best available scientific knowledge»: see par. 15, Application, Submission Addendum, cit.

economically burdensome with the objective of reducing GHG *to a safe level*⁵⁷, quoting a talk Professor Christine Voigt gave at the High Level Conference on “Human rights for the planet” organized by the Council of Europe on 5 October 2020⁵⁸, where the author anticipates some of the argument thoroughly developed in the abovementioned Third Party Written Submission⁵⁹. For the purpose of the present paper, we will limit ourselves to mentioning some of the final passages of this intervention: after a rich argumentation, in fact the authors conclude that «[t]o comply with their human rights obligations, ECHR member states must pursue drastically accelerated climate action, at the level of each state’s highest possible ambition. By not adopting targets and reducing emissions at that level of ambition, states fail to prevent foreseeable human rights harms caused by climate change — and thereby violate their obligations»⁶⁰. The role of the Court should therefore be to verify whether the measures were adopted with due diligence⁶¹, what it indeed already did in the *Cordella* case, noting that «while it is not for it to determine precisely what measures should have been taken in the present case in order to reduce the level of pollution more effectively, it is undoubtedly for it to determine whether the national authorities approached the question with *due diligence*»⁶².

3.3. Considerations on the collective causation problem.

The last point we want to address concerns an important question which is relevant both in respect to the status of victim and the merits of the case, i.e. the collective causation

⁵⁷ Application, Submission addendum, cit., par 51.

⁵⁸ See C. Voigt, *The climate dimension of human rights obligations*, Conference: Human rights for the planet (ECHR and COE), 5 Oct. 2020, p. 4, available at https://www.jus.uio.no/ior/english/people/aca/chrisvo/voigt_final-talk_the-climate-dimension-of-human-rights-obligations.pdf.

⁵⁹ Third Party Written Submission on behalf of the Global Justice Clinic, the Climate Litigation Accelerator & Professor C. Voigt, op. ult. cit.

⁶⁰ *Ibidem*, par 49.

⁶¹ On the notion of due diligence, see *ex multis* S. Cassella (ed), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale - Journée d'études franco-italienne du Mans*, Paris, Pedone, 2018, in particular S. Forlati, *L'objet des différentes obligations primaires de diligence: prévention, cessation, répression. . . ?*, p. 39 ff.; A. Peters, H. Krieger and L. Kreuzer (eds), *Due Diligence in International Law: Dissecting the Leitmotif of Current Accountability Debates*, Oxford, Oxford University Press, 2020. See also, with respect to positive obligations and due diligence, V. Stoyanova, *Due Diligence versus Positive Obligations* in J. Niemi, L. Peroni and V. Stoyanova (eds), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, 2020 and literature quoted therein.

⁶² *Cordella and Others v Italy*, cit., par. 161.

problem⁶³.

Indeed, the fact that climate change is due to greenhouse gas emissions caused by multiple subjects and the consequences affect humanity as a whole (and in an unequal way), has enlightened a problem of collective causation⁶⁴ which has been raised “to shield individual defendants from responsibility”⁶⁵ in many cases and is a central argument also in the Respondent defence in the present case⁶⁶.

The causation problem is indeed relevant both on the stage of proceedings, because claims might be declared inadmissible whether the state action or omission is considered not directly affecting the applicants, and on the substantive level, whereas “a defendant state did not breach an obligation since nothing that that state could do would suffice to prevent climate change-related harms”⁶⁷.

On the international level it is very interesting the case *Sacchi v Argentina and Others*⁶⁸, where the UN Committee on the Rights of the Child gave a decision which “while a loss for the specific claimants [the case was declared inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies], was a major win for future climate change complaints under the OPIC

⁶³ See N. Nedeski and A. Nollkaemper, *A guide to tackling the collective causation problem in international climate change litigation*, in *EJIL:Talk!*, 15 December 2022.

⁶⁴ The problem of causality is a complex issue that goes beyond the scope of this article, which limits itself to highlighting the contribution of scientific evidence in the attribution of State responsibility: on the subject in general see V. Lanovoy, *Causation in the Law of State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2022) and A. Ollino and G. Puma, *La causalità e il suo ruolo nella determinazione dell'illecito internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 313 ff.; with specific reference to climate litigation see M. Wewerinke-Singh, *State responsibility, climate change and Human Rights under International Law*, cit. p. 88 ff; M. Fera-Tinta, *Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key underlying notions*, in *Europe of Rights & Liberties*, 2021, p. 51 ff; M. Torre-Schaub, *La protection de l'air et de l'atmosphère*, cit., in particular pp. 5-9; H. Keller and C. Heri, *The future is now*, cit., p. 167.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ In the transcript of the hearing of 29 March 2023, the causation problem is mentioned more than ten times.

⁶⁷ N. Nedeski and A. Nollkaemper, *A guide to tackling the collective causation problem*, cit. The authors make reference also to the relevance of the causation problem with respect to reparation, which however is beyond the scope of this paper.

⁶⁸ *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 107/2019*, CRC/C/88/D/107/2019, 8 October 2021. On this decision see A. Nolan, *Children's Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in Sacchi v Argentina*, in *EJIL:Talk!*, 20 October 2021; M. Wewerinke-Singh, *Communication 104/2019 Chiara Sacchi et al v Argentina and Others Between Cross-Border Obligations and Domestic Remedies: The UN Committee on the Rights of the Child's decision on Sacchi v Argentina*, in *Leiden Children's Rights Observatory*; M. La Manna, *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata: la petizione contro il cambiamento climatico Sacchi et al. c. Argentina non supera il vaglio del Comitato dei diritti del fanciullo*, in *Sidiblog*, 15 novembre 2021; A. Liguori, *Cambiamento climatico e diritti umani dinanzi al Comitato dei diritti del fanciullo*, in *La Comunità internazionale*, 2022, p. 117 ff.; L. Magi, *Cambiamento climatico e minori: cambiamento climatico e minori: prospettive innovative e limiti delle decisioni del Comitato per i diritti del fanciullo nel caso Sacchi et al.*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 157 ff.

due to the Committee's expansive approach to the jurisdictional issue and *causality*⁶⁹. The communication at the base of the decision, which differs in several aspects from the present case (it was indeed introduced in 2019 by 16 young people from 12 countries, including the well-known Swedish activist Greta Thunberg, accusing Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey of having violated the Convention on the Rights of the Child causing and perpetuating the climate crisis), has been "the first attempt to hold multiple States Parties to an international human rights treaty responsible for human rights violations related to climate change"⁷⁰. The decision, although the final outcome of inadmissibility, is very important for the case under exam for some very important general statements regarding also the notion of causality and victim status⁷¹.

To this end, it is appropriate to recall some fundamental passages of the Committee's decision in relation to the concept of jurisdiction and victim. With regard to jurisdiction⁷², the Committee adopted a very broad notion, inspired by the *Advisory Opinion* of the Inter-American Court on *The Environment and Human Rights* of 15 November 2017⁷³, where the Inter-American Court had used "a new test to determine the Convention's extraterritorial application in cases involving environmental harm"⁷⁴, based on a functional notion of jurisdiction. In this opinion, in fact, the Court stated that «When transboundary harm or damage occurs, a person is under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal link between the action that occurred within its territory and the negative impact on the human rights of persons outside its territory. The exercise of jurisdiction arises when

⁶⁹ A. Nolan, *Children's Rights and Climate Change*, cit. Italics added.

⁷⁰ M. Wewerinke-Singh, op. cit.; the Duarte case, introduced by six children against Portugal and other 32 COE Member States, was instead introduced before the European Court in September 2020.

⁷¹ In this decision, the question of causality is relevant to the assertion of state jurisdiction. However, in my view, the Committee's interpretation of causation could be useful also for the different (but in a certain way) connected question of determination of victim status: see *ultra*.

⁷² The Strasbourg Court will have to face a similar problem concerning the scope of jurisdiction in the Duarte case: One may wonder if it will affirm a broad notion of jurisdiction such as the one envisaged by the Committee of the Child in the Sacchi case; indeed, in the recent case *H.F. and others v France* (judgment of 14 September 2022), concerning the issue of the repatriation of French foreign fighters' family members (especially minors), who were detained in Syrian camps, the Strasbourg Court didn't follow the approach on jurisdiction adopted, few months before, by the CRC on the similar case *L.H. and others v France*: see on this point A. Fazzini, *L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in materia di diritti umani: il rimpatrio dei familiari dei foreign fighters francesi*, in *La Comunità internazionale*, 2023, p. 323 ff.

⁷³ Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on *The Environment and Human Rights*, 15 November 2017, OC-23/17. See M. Faria-Tinta and S. Milnes, *The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 26 February 2018, A. Berkes, *A New Extraterritorial Jurisdiction Recognized by the IACtHR*, in *EJIL:Talk!*, 28 March 2018; M. L. Banda, *Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, in *ASIL Insights*, 10 May 2018.

⁷⁴ See M. L. Banda, *Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion*, cit.

the State of origin exercises effective control over the activities that caused the damage and the consequent human rights violation»⁷⁵. With respect to the case under exam, the Committee of the Child first of all recalls this Opinion, stressing that: «In cases of transboundary damage, the exercise of jurisdiction by a State of origin is based on the understanding that it is the State in whose territory or under whose jurisdiction the activities were carried out that has the effective control over them and is in a position to prevent them from causing transboundary harm that impacts the enjoyment of human rights of persons outside its territory. The potential victims of the negative consequences of such activities are under the jurisdiction of the State of origin *for the purposes of the possible responsibility of that State for failing to comply with its obligation to prevent transboundary damage*»⁷⁶, i.e. for a violation of a positive obligation of prevention. The Committee also considers that, although the elements necessary to establish State liability are rather a matter of substance, «the alleged harm suffered by the victims needs to have been reasonably foreseeable to the State party at the time of its acts or omissions even for the purpose of establishing jurisdiction»⁷⁷. As noted, in applying the test developed by the Inter-American Court, the Committee interprets the causality requirement as consisting of three elements: “first, the State on whose territory the greenhouse gas emissions originated must exercise *effective control* over the sources of those emissions; second, there must be a *causal link* among the acts or omissions of the State of origin and the negative effects on the rights of the child even outside its territory; third, the alleged harm suffered by victims must have been ‘*reasonably foreseeable*’ to the State at the time of its actions or omissions”⁷⁸.

What we would like to stress here is that in order to demonstrate that the above-mentioned requirements are fully met in the *Sacchi* case, the Committee refers to scientific evidence for affirming, on one hand, that carbon emissions originating in each State Party contribute to the worsening of climate change and, on the other hand, that climate change has a negative impact on the enjoyment of rights both internally and externally the territory of the State Party, stressing that «through its ability to regulate activities that are the source of these emissions and to enforce such regulations, the State party has effective control over the emissions»⁷⁹. The Committee also adds, through the reference to the principle of

⁷⁵ Par. 104 Advisory Opinion. Italics added.

⁷⁶ Par 10.5 of the Decision referring to paragraphs 101-102 of the *Advisory Opinion*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ See on this point M. Wewerinke-Singh, *Communication 104/2019 Chiara Sacchi*, cit.; M. La Manna, *Cronaca di una decisione di inadmissibilità annunciata*, cit.

⁷⁹ *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child*, cit., par. 10.8.

common but differentiated responsibility, explicitly enshrined in the Paris Agreement, that «the *collective nature of the causation of climate change*⁸⁰ does not absolve the State party of its individual responsibility that may derive from the harm that the emissions originating within its territory may cause to children, whatever their location». The argument invoked in the defence by the Respondents – based on the fact that all States contribute through emissions to aggravate climate change, and therefore it would not be possible to establish the causal link – is therefore rejected since each State is responsible for its share of emissions⁸¹, which is indeed the argument of the applicants in the *Klimaseniorinnen* case⁸². The scientific evidence is also invoked to justify the existence of foreseeability of the damage: the Committee notes, in fact, that «In light of existing scientific evidence showing the impact of the cumulative effect of carbon emissions on the enjoyment of human rights, including rights under the Convention, the Committee considers that the potential harm of the State party's acts or omissions regarding the carbon emissions originating in its territory was reasonably foreseeable to the State party»⁸³. In addition, the Committee notes – in line with the position of the Inter-American Court that not all adverse effects in cases of cross-border damage give rise to the liability of the State in whose territory the activities causing cross-border damage took place – that the existence of jurisdiction must be examined in the light of the particular circumstances of the case and that the damage must be significant; the remaining part of the causal chain is dealt jointly with the victim status requirement⁸⁴: the Committee concludes that the effects of climate change have affected the applicants *personally* not only in the light of the circumstantial personal consequences (asthma due to smoke from fires; life-threatening diseases such as malaria, *dengue* fever and *chikungunya* ; the lack of water due to drought, the risk that one's own lands could disappear under water within a few decades, etc.), but also for the foreseeable effects that climate change will produce in the future.

This decision is important for the pending case before the ECHR because there are several similarities: in both cases the applicants are part of a vulnerable group (young people in the *Sacchi* case, elderly women in the *Klimaseniorinnen* one) and allege a violation of positive

⁸⁰ Italics added.

⁸¹ M. La Manna, *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata*, cit. See also A. Nolan, *Children's Rights and Climate Change*, cit., noting that “the Committee did not differentiate between state responsibility for emissions directly caused by state actors and those caused by non-state actors”.

⁸² See Application, par. 56.

⁸³ *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child*, cit., par. 10.10.

⁸⁴ See A. Nolan, *Children's Rights and Climate Change*, cit.

obligations for failure to adopt all reasonable measures to prevent and mitigate climate change; and in both cases the respondent States invoke the collective causation problem to evade responsibility. What we want, in particular, to underline from Sacchi is the importance of recurring to science to rebut the collective causation argument, in conformity with a growing research trend⁸⁵ which might help to “corroborate factual links between global greenhouse gas emissions and climate change-related harms”⁸⁶, and even, according to some scholars⁸⁷, “enable quantifying individual emitters’ marginal contributions to extreme weather events⁸⁸ and slow-onset changes⁸⁹”.

Actually, referring to scientific evidence might be important also with respect to the causation problem in respect of the merits of the case, at the stage of determining the breach of a positive obligation under articles 2 and/or 8 ECHR.

Switzerland indeed has made recourse to the so called «drop in an ocean argument»: its actions alone could not prevent the risks that climate change involves and «its failures cannot therefore be considered causative of the relevant harm»⁹⁰. The applicants’ lawyer, however, during the hearing convincingly claimed that «this argument has been roundly rejected by Contracting State Courts, including the Dutch Supreme Court in the *Urgenda* case [...] If a State as rich and technically advanced as Switzerland does not do its fair share – taking the lead as well as pursuing its highest possible ambition – then other States will also fail to do so. It follows that when a State such as Switzerland fails to do its share to meet the objectives of that agreement, it directly increases emissions, and it also discourages other States from doing their share»⁹¹.

Indeed, the *Urgenda* case is a very important case where for the first time a domestic court side-stepped the collective causation problem by interpreting articles 2 and 8 ECHR, in

⁸⁵ See the Sixth Assessment Report — IPCC, available at <https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6/> and F.E. Otto, P. Minnerop, P. Raju, E. Harrington, L.J. Stuart-Smith, E. Boyd, R. James, R. Jones and K.C. Laut, *Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative*, in *Global Policy*, 2022, p. 736 ff.

⁸⁶ N. Nedeski and A. Nollkaemper, *A guide to tackling the collective causation problem*, cit.

⁸⁷ R.F. Stuart-Smith, F.E. Otto, A.I. Saad, G. Lisi, P. Minnerop, K. Cedervall Laut, K. van Zwieten and T. Wetzler, *Filling the evidentiary gap in climate litigation*, in *Nature Climate Change*, 2021 p. 651 ff.

⁸⁸ Such as heatwaves, storms or floods.

⁸⁹ Such as sea level rise, salinification of water.

⁹⁰ In addition, the Government claimed that the Applicants have not suffered effects on their rights under Articles 2 and 8 «with the necessary degree of intensity» (par. 55 of Government Reply of 16 July 2021). On this question see K. Braig and S. Panov, *The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change?*, in *Journal of Environmental Law and Litigation*, 2020, p. 261 ff.

⁹¹ Adding that every fraction of a degree of temperature increase is relevant: see Transcript of the hearing, available at <https://en.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2023/05/Transcript-Hearing-29-March-2023-final.pdf>, at p. 16.

light of treaties and principles of environmental and climate law, as implying positive obligations to do its share to meet the objectives of the Paris Agreement⁹². As pointed out, the collective causation problem was overcome in that context because “there is no need to demonstrate that the link between the conduct of an individual state and the harm that is to be prevented satisfies the “*but for*” test of causation”⁹³. It is rather required that the State had taken reasonable steps to avoid the risk of harm about which it knew or ought to have known⁹⁴: to this end “attribution science can strengthen a plaintiff’s claims”⁹⁵. Turning to the *Klimaseniorinnen* case, what we might infer is that, if scientific evidence demonstrates that more emissions in the future will increase heatwaves and that heatwaves increase the risks of mortality and morbidity on elderly women, then a failure from Switzerland in reducing emissions at its utmost may help corroborate the argument that it is contributing to a real risk of harm for the Applicants.

4. Conclusions.

The European Court will presumably pronounce itself on the *Klimaseniorinnen* case at some time in 2024⁹⁶. What it will say remains to be seen, especially with respect to the causal link issue, which is a very complex problem. Indeed, the fact that climate change is due to greenhouse gas emissions caused by multiple subjects and the consequences affect humanity as a whole (and in an unequal way), is enlightening a problem of collective causation. As pointed out, “Climate change may be a ‘death of a thousand cuts’ that is difficult to attribute to any one state’s emissions”⁹⁷, and applying direct and exclusive

⁹² See on this point, also for some critical remarks, F. Passarini, *CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 782 ff. On shared responsibility with respect to climate change see in particular J. Peel, *Climate Change* in A. Nollkaemper, I. Plakokefalos and J. Schechinger (eds), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

⁹³ N. Nedeski and A. Nollkaemper, *A guide to tackling the collective causation problem*, cit.

⁹⁴ See, *mutatis mutandis*, ECtHR, judgment of 28 March 2000, *Mahmut Kaya v Turkey*, no. 22535/93, par. 115.

⁹⁵ *Ibidem*. The authors add that “Findings that future emissions will make sea level rise X times more likely or intense, or that such emissions will make heatwaves more likely, may help substantiate the argument that a state contributes, in causal terms, to a real risk of harm and that that state should take measures to prevent that risk. Moreover, plaintiffs can rely on methods that scientifically link an individual emitter’s contribution to climate change to the likelihood or intensity of climate change-related harms, to argue that an emitter can, by taking preventative measures, decrease the likelihood or intensity of harm”.

⁹⁶ Podcast on *The biggest climate case that ever was*, episode of The Europeans, available at <https://open.spotify.com/episode/33luPfe9JlOnTinVcHqvbN>.

⁹⁷ H. Keller and C. Heri, *The future is now*, cit., p. 167.

causality might be at the same time problematic and inappropriate in this kind of situation⁹⁸. Such a question would however deserve an in-depth analysis, which is beyond the scope of this paper⁹⁹. My aim was rather to focus on the contribution of scientific evidence in the attribution of State responsibility, according to a growing trend which ended up in successful outcomes in previous cases and might hopefully also bring the Strasbourg Court to find a violation of positive obligations under Articles 2 or 8 ECHR in the *Klimaseniorinnen* case.

Why would this be important? Indeed, a lively debate is investing the utility and the suitability of the *Rights Turn* before domestic courts and international organs to fight climate change¹⁰⁰. And it is true that climate litigation has indisputable limits. As pointed out¹⁰¹, “[h]uman rights remedies provide declaratory relief to name and shame abusers, but this makes little difference, if is not followed by action to prevent further harm and remedy the harm caused”.

However, the most important contribution that litigation might give is putting pressure on State and non-State actors, and more in general to help all actors (“the institutional, political, social and cultural fabric of every State”¹⁰²) to heighten awareness that climate change is one of the most important challenges of our time and a very complex one “for any single regulatory tool to adequately address”¹⁰³. Still, litigation based on human rights is one of these tools and now time has come for the European Court of Human Rights to do its part.

Abstract: Il 29 marzo 2023 si è tenuta la prima udienza pubblica davanti alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Klimaseniorinnen and Others* al

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ See literature quoted at note 65.

¹⁰⁰ C. Heri, *Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 925 ff.; A. Zahar, *The Limits of Human Rights Law: A Reply to Corina Heri*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 953 ff.; C. Heri, *Legal Imagination, and the Turn to Rights in Climate Litigation: A Rejoinder to Zahar*, in *EJIL:Talk!*, 6 October 2022; B. Mayer, *Climate Litigation and the Limits of Legal Imagination: A Reply to Corina Heri*, available at <https://cil.nus.edu.sg/blogs/climate-litigation-and-the-limits-of-legal-imagination-a-reply-to-corina-heri/>, 4 November 2022.

¹⁰¹ A. Savaresi, *Human Rights and the Impacts of Climate Change*, cit., p. 246.

¹⁰² See *supra*, text in correspondence at note 1.

¹⁰³ C. Rodríguez-Garavito, *Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights-Based Litigation for Climate Action*, in C. Rodríguez-Garavito (ed), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 12 ff.

c. Svizzera, che riguarda violazioni dei diritti umani connesse al cambiamento climatico. Le ricorrenti sono l'associazione *Klimaseniorinnen* e quattro anziane signore che, dopo aver esaurito le vie di ricorso interne, il 26 novembre 2020 si sono rivolte alla Corte europea lamentando, tra l'altro, la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (protezione della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) a causa della mancata adozione da parte della Svizzera di adeguate misure per ridurre i rischi, per la loro salute e la loro vita, connessi ai cambiamenti climatici.

In questo articolo l'autrice si concentra su due aspetti ai quali è stata dedicata grande attenzione in occasione dell'udienza davanti alla Grande Camera, ovvero la nozione di vittima e l'applicabilità degli articoli 2 e 8 CEDU - più specificamente, degli obblighi positivi inerenti a tali articoli - alla luce degli impegni assunti dagli Stati nell'ambito del diritto climatico internazionale. Alcune considerazioni finali riguardano un'importante questione che è rilevante sia per accertare lo status di vittima, sia per l'esame del merito, ovvero il problema del nesso causale.

Abstract: On 29 March 2023 the first public hearing concerning climate change-related violations of human rights was held before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights on the case *Klimaseniorinnen and Others v Switzerland*. The applicants are the association *Klimaseniorinnen* and four elderly ladies who, after exhausting domestic remedies, turned to the European Court on 26 November 2020 alleging *inter alia* a violation of Articles 2 (right to life) and 8 (protection of private and family life) ECHR due to Switzerland's failure to take appropriate measures to reduce the risks for their health and lives connected to climate change.

In this paper the author focuses on two aspects which were at the centre of the hearing before the Grand Chamber, namely the notion of victim and the applicability of Articles 2 and 8 ECHR - more specifically, of the positive obligations inherent in these articles - in the light of the commitments undertaken by States under international climate law. Some final considerations address an important question which is relevant both in respect to the status of victim and the merits of the case, i.e. the collective causation problem.

Parole chiave: cambiamento climatico – CEDU – status di vittima – obblighi positivi– nesso causale.

Key words: climate change – ECHR - victim status – positive obligations – causal link.

EMERGENZA E DIRITTI FONDAMENTALI *.

UNA RIFLESSIONE COMPARATA A PARTIRE DALLA PANDEMIA COVID-19 IN ITALIA E IN SPAGNA.

di Viviana Di Capua**

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'emergenza nella Costituzione italiana e il peso degli avvenimenti storici. – 3. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e le conseguenze sull'esercizio dei diritti fondamentali. – 3.1. (segue) La Corte costituzionale *scrimina* la gestione nazionale dell'emergenza Covid-19: l'architettura debole della sentenza n. 198/2021. – 4. La disciplina costituzionale e ordinaria dell'emergenza in Spagna: *estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio*. – 4.1. (segue) Sospensione o limitazione dei diritti fondamentali: sintesi di un dibattito mai sopito. – 5. Il ricorso alla procedura di *estado de alarma* per fronteggiare l'emergenza Covid-19 in Spagna: limitazione o sospensione dei diritti fondamentali? – 5.1. (segue) La dichiarazione di incostituzionalità degli *estados de alarma* e delle relative proroghe da parte del *Tribunal Constitucional*. – 6. Riflessioni finali.

1. Premessa.

L'attenzione della dottrina al tema dell'emergenza è derivata, in larga parte, dalla forte suggestione esercitata da un fenomeno che, per quanto astrattamente prevedibile, è risultato complesso da inquadrare in base ai consueti canoni di classificazione e sistematizzazione utilizzati dalla scienza giuridica¹. Ma va anche considerato che l'esperienza pare registrare

* *Sottoposto a referaggio*. Il saggio prende spunto dalla relazione presentata al Seminario di diritto comparato dell'associazione «Gruppo di Pisa» su «Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato», organizzato dall'Università degli Studi di Brescia e svoltosi, il 25 marzo 2022, in modalità telematica, i cui atti sono confluiti nel quaderno monografico abbinato al fascicolo 3/2022 de «La Rivista Gruppo di Pisa». Sono sinceramente grata al Prof. Vincenzo Coccozza per le preziose osservazioni sulla versione iniziale dello scritto, di cui, naturalmente, rimango l'unica responsabile per eventuali errori ed omissioni. Sono altresì riconoscente al pregevole lavoro svolto dal revisore anonimo, che ha contribuito a migliorare lo scritto dal punto di vista sostanziale e formale.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per un'ampia e approfondita analisi del fenomeno, si vedano, tra i tanti, S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, ora in G. Zanobini (a cura di), *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, ristampa 1990, p. 287 ss.; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986; A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, Treccani, 1993, p. 551 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988; L. Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 479 ss.; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, p. 645 ss.; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010; M.A. Cabiddu, *Necessità ed*

un progressivo ampliamento delle situazioni di emergenza considerate dagli ordinamenti costituzionali, quali le minacce all'integrità dello Stato (guerre e invasioni) e all'ordine pubblico (rivoluzioni e disordini interni), le calamità naturali², alcune forme particolari di criminalità organizzata radicate in alcuni territori³ e anche l'esigenza di ristabilire la sicurezza della vita economica della nazione. Inoltre, in tempi più recenti, si è assistito al processo di *globalizzazione* delle emergenze, ovvero al verificarsi di eventi eccezionali e imprevedibili le cui cause e soluzioni trascendono l'ambito nazionale, come la stessa pandemia Covid-19.

Il dibattito teorico sui poteri di emergenza si è concentrato, da un lato, sulla necessità di fronteggiare le situazioni eccezionali, assicurando la salvaguardia dello Stato di diritto, dall'altro, sulla ricerca all'interno delle Carte costituzionali di alcuni principi necessari ad evitare che l'esercizio dei poteri in deroga potesse insinuarsi nell'ordinario funzionamento del sistema costituzionale, intaccando in maniera permanente i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali e l'ordine costituzionale delle competenze normative⁴. Un rischio da scongiurare valorizzando il pensiero di chi, autorevolmente, avvertiva che doveva essere la fonte costituzionale a conferire un fondamento legale ai casi di *rottura* della Costituzione⁵. D'altra parte, la storia, soprattutto quella più recente, ha dimostrato che le più gravi violazioni dei diritti umani tendono a verificarsi proprio nei contesti emergenziali,

emergenza ai confini dell'ordinamento, in *Amministrare*, 2010, p. 167 ss.; A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; L. D'Andrea, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 305 ss.; G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

² Il riferimento più immediato è all'*estado de alarma*, previsto dall'art. 116 della Costituzione spagnola, che, come si vedrà, può essere dichiarato anche per fronteggiare emergenze naturali (art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981).

³ F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 513 ss. e p. 515 ss.

⁴ Già S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., p. 357, notava come l'emergenza comportasse una «materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove». Cosicché – proseguiva l'Autore – «se la libertà individuale resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli».

⁵ C. Mortati, *Note sul rapporto tra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, n. 2/1973, p. 511 ss.

avverando l'affermazione che la Commissione di Venezia aveva fatto in occasione della pubblicazione del rapporto sui poteri di emergenza risalente al 1995⁶.

La *costituzionalizzazione* dell'emergenza, ovvero la tendenza a ricondurre l'emergenza all'interno di limiti e procedure regolate, più o meno dettagliatamente, dalle Carte costituzionali, insieme all'esigenza di disciplinare con apposite norme le relazioni tra Parlamento, Presidente della Repubblica e Governo, è un esito comune nell'evoluzione degli ordinamenti. Così, sempre più frequentemente le Costituzioni sottopongono l'esercizio dei poteri di emergenza a limiti sostanziali, con particolare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e alla predisposizione delle garanzie che devono, comunque, sussistere anche nelle situazioni di crisi.

La scelta di dedicare alla disciplina dell'emergenza uno spazio, più o meno ampio, all'interno della Carta costituzionale è di natura politica, in collegamento con l'esperienza storica. Vi sono, così, Costituzioni che non contengono una disciplina puntuale sull'emergenza e sugli stati emergenziali, ma solo singole disposizioni applicabili nei casi di guerra o di altra emergenza pubblica⁷.

⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Emergency Powers*, CDL-STD(1995) 012, in *Science and technique of democracy*, No. 12.

⁷ Ad esempio, negli Stati Uniti non è previsto un regime legale specifico per le situazioni di emergenza. A livello federale, la Costituzione e la legislazione federale consentono al Presidente, in determinate circostanze, di autorizzare l'uso delle truppe federali per controllare la violenza domestica, reprimere le insurrezioni e far rispettare la legge federale. Tali leggi, tuttavia, non autorizzano l'Esecutivo a sospendere o interferire con il normale funzionamento degli altri rami del Governo federale (Congresso e Magistratura), né a consentire deroghe ai diritti fondamentali. Infatti, con una sola eccezione (il diritto di *habeas corpus*, che il Congresso può sospendere temporaneamente quando lo richiama l'incolumità pubblica), i diritti costituzionali restano sempre in vigore. A livello statale e locale, esiste un'ampia varietà di disposizioni che consentono ai Governatori statali, ai Sindaci di città e ai dirigenti nazionali di intraprendere azioni di emergenza. Queste norme si basano sul potere generale di polizia riservato dalla Costituzione agli Stati federati. Se non irragionevole o arbitrario, uno Stato federato può limitare o sospendere i diritti fondamentali se è necessario per proteggere la salute e la sicurezza pubblica in caso di emergenza. In Austria, se la Camera bassa del Parlamento (*Nationalrat*) non è riunita oppure non può riunirsi in tempo o se è impedita dall'agire da circostanze al di fuori del suo controllo, per evitare danni irreparabili alla comunità, il Presidente federale può, su raccomandazione del Governo federale, e sotto responsabilità congiunta, adottare le misure necessarie attraverso ordinanze provvisorie che modificano la legge. Il Governo federale deve presentare la sua raccomandazione con il consenso della Sottocommissione permanente, nominata dalla Commissione principale del Parlamento. Tale ordinanza richiede la controfirma del Governo federale. Tali ordinanze devono essere presentate dal Governo federale al *Nationalrat* senza indugio. Entro quattro settimane dalla presentazione, il *Nationalrat* deve votare una legge federale con il contenuto dell'ordinanza e con effetto sostitutivo della stessa oppure approvare una risoluzione che richiama l'immediata invalidazione dell'ordinanza. Inoltre, alcune leggi ordinarie austriache conferiscono all'esecutivo il potere di adottare misure in tempi di crisi economica o di scarsità per garantire le forniture necessarie. In Danimarca, il Governo può emanare atti temporanei quando i membri del Parlamento non possono essere riuniti e le circostanze sono estremamente urgenti. Tuttavia, tali atti non devono essere in contrasto con la Costituzione e devono essere sottoposti all'approvazione del Parlamento nella prima assemblea possibile.

Il contributo che si svilupperà nelle pagine seguenti intende verificare se una disciplina costituzionale puntuale dell'emergenza si sia mostrata più idonea ad evitare il pericolo di abusi e di gravi compressioni dei diritti fondamentali causate dalle misure adottate allo scopo di superare la crisi. È sembrato, in proposito, utile osservare la gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e in Spagna. La Costituzione italiana non contiene una disciplina espressamente dedicata all'emergenza, che viene considerata solo in via generica e marginale. Quella spagnola, invece, contempla diversi stati emergenziali, compiutamente disciplinati nei presupposti, nei procedimenti e nella durata da una legge organica. Quest'ultima è un atto-fonte del Parlamento, assunto con un procedimento aggravato rispetto all'iter ordinario della legge (ad esempio, maggioranze qualificate e/o pareri di organi di giustizia costituzionale), in materie che riguardano i pubblici poteri, disciplinate nei limiti e secondo i principi stabiliti dalla Costituzione e quantomeno resistenti all'abrogazione da parte della legge ordinaria nell'ipotesi in cui insista sulla stessa materia⁸

2. L'emergenza nella Costituzione italiana e il peso degli avvenimenti storici.

La dottrina si è interrogata, in occasione dell'emergenza Covid-19, sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 78 Cost., e cioè sulla possibilità di applicare le regole procedurali previste per la guerra anche alle altre situazioni di emergenza.

Come è noto, la Costituzione italiana fa riferimento solo allo stato di guerra, disciplinato dall'art. 78. Superando la tradizione monarchica, che riservava al Capo dello Stato il potere di dichiarare e di deliberare lo stato di guerra, la Costituzione distingue il momento della

Nel Lussemburgo, sebbene non esista una disciplina dell'emergenza in quanto tale, in tempi di crisi economica e sociale il legislatore ha approvato atti di abilitazione (*habilitations législatives*) che autorizzano l'esecutivo a regolamentare alcune aree che non sono considerate di dominio esclusivo delle leggi. In tali situazioni l'esecutivo stesso può emanare decreti-legge invocando lo stato di necessità come condizione di validità di tali decreti.

⁸ Così L. Pegoraro e A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 170-171, i quali precisano che, nonostante le "profonde differenze tra i vari ordinamenti", tuttavia, «[l']esistenza di caratteristiche comuni consente [...] di distinguere le leggi organiche da fonti, parimenti denominate, che difettano dei requisiti indicati, come le leggi organiche menzionate da alcune costituzioni ottocentesche, che non si segnalavano per la particolare collocazione nel sistema delle fonti, bensì solo per il modo sistematico – organico, appunto – di trattare una determinata materia, oppure per l'argomento disciplinato (gli organi dello Stato), o le leggi definite 'organiche' previste da alcune vigenti costituzioni, non munite delle medesime caratteristiche ora ora indicate. Viceversa, se vi sia definizione costituzionale di un ambito materiale e aggravamento delle procedure di adozione, è possibile predicare l'esistenza di leggi organiche anche in ordinamenti che non adottano tale *nomen iuris*".

formazione della volontà (deliberazione) da quello della sua estrinsecazione (dichiarazione), attribuendoli, rispettivamente, alle Camere e al Presidente della Repubblica. Infatti, dopo aver affermato, all'art. 78, che le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari, precisa, al successivo art. 87, che spetta al Presidente della Repubblica dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere⁹. Inoltre, la portata garantistica della disposizione emerge nella parte in cui è compito delle Camere delimitare le facoltà del Governo attraverso il conferimento dei (soli) *poteri necessari* a fronteggiare la situazione.

La dichiarazione dello stato di guerra produce rilevanti conseguenze sull'assetto costituzionale dei poteri: innanzitutto, può essere disposta la proroga delle Camere, al fine di non esporre il Paese a destabilizzazioni politiche (art. 60, c. 2, Cost.); inoltre, può essere radicata la giurisdizione penale dei tribunali militari (art. 103, c. 3, Cost. e art. 111, c. 4, Cost.); infine, il conferimento al Governo dei poteri necessari (ivi compreso quello di emanare ordinanze o bandi militari in deroga all'ordinamento vigente) determina una *de-costituzionalizzazione* delle norme in materia di rapporti intersoggettivi e interorganici, la cui disciplina è interamente rimessa alla legge ordinaria, la quale può, in questo caso, attribuire nuove competenze (anche normative) al Governo o ad alcuni dei suoi organi (i comandanti militari)¹⁰.

Il ricorso allo stato di guerra è ammissibile unicamente nel caso di guerra a scopo difensivo, come emerge chiaramente dal combinato disposto degli articoli 11 e 52 Cost., dove si afferma, rispettivamente, il ripudio della guerra come strumento di offesa e il dovere di ogni cittadino di difendere la Patria¹¹.

Nonostante vi siano state posizioni favorevoli¹², l'orientamento attualmente dominante propende per la soluzione negativa, attribuendo “una portata di criterio generale al

⁹ Per una compiuta analisi della disposizione, G. Ferrari, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970; G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, il Mulino 2004.

¹⁰ R. Manfellotti, *Diritto pubblico*, II ed., Torino, Giappichelli, 2021, pp. 536-537, il quale precisa che «l'eccezionalità della fattispecie che si esamina impone di ammetterne l'efficacia derogatoria rispetto alle norme costituzionali sono ove espressamente prevista, restando nelle altre ipotesi soggetta al rigido rispetto della disciplina della Carta fondamentale, e, particolarmente, delle norme che riconoscono i diritti della persona».

¹¹ Per un'ampia disamina della disciplina della guerra nella Costituzione, anche attraverso l'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente in sede di stesura degli artt. 11 e 52 Cost., si rinvia al recente contributo di G. Marazzita, “*Guerra vietata, legittima e necessaria*”, in *Federalismi.it*, n. 22/2022, p. 52 ss.

¹² G. Motzo, (voce) *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 250 ss. e p. 259; C. Fresa, *Provvisorieta' con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, Cedam, 1981, p. 118.

principio garantistico emergente dall'art. 78 Cost., inteso nel duplice senso per cui, da un lato, compete al Parlamento regolare le modalità di intervento dell'esecutivo e autorizzare i poteri necessari e, dall'altro, deve considerarsi esclusa la competenza del Governo di esercitare pieni poteri"¹³.

V'è da dire al riguardo, che la scelta dell'Assemblea costituente di non introdurre nel testo costituzionale altre disposizioni, oltre all'art. 78, dedicate agli stati di eccezione scaturì dal condizionamento esercitato dall'esperienza della Costituzione di Weimar¹⁴, e dunque, dal timore che una regolazione puntuale potesse legittimare comportamenti arbitrari dell'esecutivo¹⁵.

La Costituzione italiana contiene, però, una disciplina generale per fronteggiare le situazioni emergenziali diverse dalla guerra, e cioè, l'esercizio provvisorio della funzione legislativa da parte del Governo, al verificarsi di «casi straordinari di necessità e di urgenza», con i decreti-legge. Tali atti, definiti dall'art. 77, c. 2, Cost. «provvedimenti provvisori con forza di legge», che il Governo, assumendosene la piena responsabilità, deve il giorno stesso dell'adozione presentare alle Camere «che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni», sono destinati tuttavia a perdere efficacia *ex tunc* qualora non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (c. 3)¹⁶.

Nonostante l'uso sempre più massivo della decretazione d'urgenza senza rispettare i

¹³ G. Rolla, *Profilo costituzionali dell'emergenza*, cit., p. 12. In senso conforme, P. Grasso, *I problemi giuridici dello "stato d'assedio" nell'ordinamento italiano*, Pavia, Tipografia del libro, 1959, p. 130 ss.; Id., *Figure di stato d'assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, n. 2/1959 2, p. 327 ss.; B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1108 ss., p. 1121.

¹⁴ L'art. 48 della Costituzione di Weimar attribuiva un potere (pressoché illimitato) al Presidente del *Reich*, che poteva adottare «le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi [fossero stati] turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata». A tale scopo poteva sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 (libertà personale), 115 (inviolabilità del domicilio), 117 (segretezza della corrispondenza), 118 (libertà di opinione), 123 (libertà di riunione), 124 (libertà di associazione) e 153 (diritto di proprietà). Le misure adottate dovevano essere tempestivamente comunicate al *Reichstag* e potevano essere revocate, qualora il *Reichstag* lo avesse richiesto. L'applicazione di questa norma aveva spianato la strada alla dittatura nazista.

¹⁵ Per una dettagliata ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, si veda B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, cit., p. 1121 ss.

¹⁶ Sul decreto-legge imprescindibile il riferimento a C. Esposito, (voce) *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 831 ss. ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 183 ss.; C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. agg. a cura di Francesco Crisafulli, Milano, Giuffrè, 1993, p. 89 ss.

presupposti fissati in Costituzione (tant'è che sarebbe appropriato parlare di abuso)¹⁷, lo strumento ha dimostrato l'idoneità, nel corso degli anni per fronteggiare, con immediatezza e rapidità, situazioni che, per loro natura (si pensi, ad esempio, ai terremoti e, in generale, alle calamità naturali), non avrebbero *tollerato* l'attesa necessaria per l'approvazione della legge ordinaria. Le garanzie fissate in Costituzione, consistenti nella *supervisione* delle Camere durante il procedimento di formazione e di conversione, nella provvisorietà degli effetti e nel sindacato della Corte costituzionale, senza tuttavia menzione dei diritti fondamentali, che possono essere sospesi o limitati durante le situazioni emergenziali, hanno mostrato dei limiti.

È vero che la provvisorietà degli effetti del decreto-legge (che rimane in vigore solo sessanta giorni se non interviene la legge di conversione) dovrebbe costituire una garanzia contro il pericolo di eventuali abusi, ma, come si vedrà nel prosieguo, la pandemia Covid-19 ha dimostrato quanto possano divenire fragili, nei contesti emergenziali, le garanzie che assistono in Costituzione i diritti fondamentali, anche a causa dell'assenza di una disciplina organica dell'emergenza e dell'ampia discrezionalità attribuita agli organi di indirizzo politico nell'esercizio dei poteri necessitati e che, inevitabilmente, sfugge al sindacato giurisdizionale.

3. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e le conseguenze sull'esercizio dei diritti fondamentali.

In Italia, fin dall'inizio della crisi, il Governo ha fondato i suoi interventi su un sistema normativo costruito *ad hoc* con una sequenza decreto-legge e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.), per supportare con una base di livello legislativo una serie di misure restrittive di gran parte dei diritti fondamentali assistiti da garanzie

¹⁷ Emblematico il pensiero espresso da S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Torino, Giappichelli, 2006, p. 649 ss., che, a proposito dell'uso massivo del decreto-legge da parte del Governo, parla di una "emergenza stabilizzata".

costituzionali e, al contempo, mantenere quella flessibilità resa necessaria dall'imprevedibilità del corso degli eventi¹⁸.

In particolare, il primo atto della filiera normativa, costituito dal d.l. n. 6/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 13/2020, ha conferito alle autorità competenti il potere di adottare misure precauzionali per contenere il contagio e alleggerire così la pressione sul sistema sanitario nazionale, in grave sofferenza a causa dell'elevato numero di malati. Il decreto ha posto le basi normative per la costruzione di due sistemi paralleli di provvedimenti differenziati su base territoriale, costituiti, da un lato, dai d.P.C.M. e da una lunga serie di atti di vario genere dei singoli Ministri (ordinanze, decreti, circolari, direttive, ecc.) e dalle ordinanze di Protezione Civile, dall'altro, da una pluralità di ordinanze, chiarimenti e decreti dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, emanati allo scopo di fronteggiare le criticità sorte nei rispettivi territori¹⁹.

¹⁸ Sulla gestione dell'emergenza Covid-19 e sulle sue implicazioni giuridiche, si vedano i contributi di S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 531 ss.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, ivi, 558 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in ivi, n. 2/2020, p. 109 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw J.*, n. 2/2020; R. Manfrellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, p. 226 ss.; G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fascicolo speciale, p. 351 ss.; M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, p. 282 ss.; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 18 marzo 2020; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 25 marzo 2020; V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 20 maggio 2020; Id., *Rule of Law and Pandemic. The Italian Strategy for Managing Covid-19 Epidemiological Emergency*, in *The Lawyer Quarterly*, n. 2/2021, p. 217 ss.; V. Di Capua e I. Forgione, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, p. 330 ss.; D. Vese, *Managing the Pandemic. The Italian Strategy for Fighting Covid-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers*, in *Eur. J. Risk Reg.*, September n. 11/2020, p. 1 ss., disponibile all'indirizzo web <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk>; i lavori monografici di U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi, 2021, e di I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; i contributi pubblicati nel volume AIC, *Annuario 2020, Emergenza, Costituzionalismo e diritti fondamentali*, Atti del XXXV Convegno annuale - 4 dicembre 2020, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, nel volume A. Cassatella, S. Dalla Bontà e E. Mattevi (a cura di), *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione*, Atti del Convegno, Trento, 10 giugno 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, e nel volume C. Capolupo, R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica. Disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali: un primo bilancio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

¹⁹ A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 518 ss., qui p. 518, parla, in proposito, di "bulimica produzione normativa alla quale quotidianamente concorrono tutti i livelli istituzionali di governo".

Le «autorità competenti» potevano adottare, nelle aree infette, «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», scegliendo tra quelle elencate dal decreto, e in quelle non ancora interessate dal contagio, anche misure «ulteriori» rispetto a quelle indicate.

Sotto il profilo procedurale, entrambe le misure dovevano essere adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e degli altri Ministri competenti per materia. Qualora la misura avesse interessato il territorio di una sola Regione o di alcune specifiche Regioni, era richiesta la consultazione dei Presidenti delle regioni competenti; qualora invece avesse riguardato l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

La norma in esame ha così costituito la base legale per l'adozione di una sequenza di d.P.C.M. con cui sono state disposte misure, di intensità progressivamente crescente, incidenti su diversi diritti e libertà costituzionali, inizialmente con efficacia territoriale circoscritta e, successivamente, estese all'intero territorio nazionale.

In attuazione del d.l. n. 6/2020 sono stati emanati, tra gli altri, i d.P.C.M. 8 marzo 2020 e 9 marzo 2020 (c.d. #IoRestoaCasa), che hanno disposto la limitazione della libertà di circolazione delle persone fisiche, consentendone gli spostamenti solo in casi specifici e tassativi («comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»), dapprima, nella regione Lombardia e in alcune province di Reggio Emilia, delle Marche, del Piemonte e del Veneto, e successivamente nell'intero territorio nazionale.

La disposizione più problematica è costituita dall'attribuzione al Ministro della Salute, al Presidente della Regione e al Sindaco del potere di adottare le misure precauzionali «nelle more» dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nei casi estrema necessità ed urgenza²⁰.

²⁰ Per una compiuta disamina delle criticità del decreto, cfr. L.A. Mazzarolli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cee il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 23 marzo 2020, p. 13 del documento online; G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. 221 del documento online; G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*, al quale si rinvia per l'analisi delle ricadute sui processi penali di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione richiamata.

Nella vigenza del decreto, è stato aperto un varco a un profluvio di ordinanze regionali e comunali che, nel tentativo di fronteggiare le criticità emerse nei rispettivi territori, si erano intrecciate e sovrapposte ai provvedimenti nazionali, compromettendo la strategia unitaria di gestione della crisi e generando disordine, caos e incertezza nella normativa emergenziale²¹.

La scelta di creare un nuovo ordinamento per fronteggiare la pandemia ha inaugurato un metodo inedito e precario di usare le fonti del diritto e le decisioni amministrative, composto di atti controversi e dagli effetti imponderabili, soprattutto per l'esercizio e la garanzia dei diritti fondamentali²². L'uso disinvolto dello strumento del d.P.C.M., soprattutto nella prima fase dell'emergenza, ha comportato, sostanzialmente e per lungo tempo, una posizione di assoluta centralità dell'esecutivo, e, in particolare, del Presidente del Consiglio dei Ministri, a scapito delle regole ordinamentali sulle fonti del diritto (soprattutto con riguardo al riparto di competenze tra Stato e Regioni), nonché del corretto rapporto e della necessaria interlocuzione tra il potere esecutivo e il Parlamento²³.

La conseguenza più immediata è stata la rottura del rapporto di collaborazione instaurato fino a poco prima tra lo Stato e le Regioni per l'attuazione dei provvedimenti adottati dal Dipartimento della protezione civile e del Ministro della Salute²⁴, oltre ad una violazione delle riserve di legge poste dalla Costituzione a presidio dei diritti fondamentali.

L'adozione del successivo d.l. n. 19/2020, che ha coinciso con la terza fase, ha costituito un tentativo di rimediare almeno in parte ai “veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell'emergenza”²⁵, attraverso la tipizzazione delle misure applicabili, in tutto o in

²¹ Il profilo è nitidamente colto da E. Carloni, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *laCostituzione.info*.

²² U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 299 ss.; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 2020, p. 5; R. Manfellotti, *Introduzione*, in C. Capolupo e R. Manfellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 7 ss., spec. p. 7, che rileva come l'emergenza pandemica abbia determinato “una vera e propria sospensione delle garanzie costituzionali”.

²³ C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, spec. pp. 138-139, il quale rileva come ciò sia uno dei sintomi paradigmatici del processo di perdita della centralità parlamentare e di crisi della rappresentanza politica.

²⁴ In questi termini, G. Coccozza, *Effetti riflessi dell'emergenza Covid-19: è impossibile la cooperazione tra i livelli di governo?*, in C. Capolupo e R. Manfellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 201 ss., spec. p. 208, cui si rinvia anche per una disamina di alcuni episodi emblematici del conflitto tra Stato e Regioni durante l'emergenza.

²⁵ G. Silvestri, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020, spec. p. 4; nello stesso senso, S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p. 540, il quale rileva come il d.l. n. 19/2020 sia intervenuto “a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità

parte, sul territorio nazionale per contenere il contagio e la definizione delle procedure per la relativa adozione. Il decreto è intervenuto a chiudere gli argini aperti ai poteri d'ordinanza, innanzitutto, riconoscendo alle Regioni uno spazio d'intervento in via d'urgenza solo al verificarsi di determinate condizioni²⁶ e, in secondo luogo, vietando ai Sindaci di adottare «ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali»²⁷ o eccedenti i limiti di cui al c. 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, c. 2), come peraltro già prescritto dall'abrogato art. 35, d.l. n. 9/2020.

Si noti, peraltro, che, mentre durante la vigenza del d.l. n. 6/2020, le ordinanze del Ministro della Salute sono state adottate d'intesa con i Presidenti delle Regioni interessate dal contagio, a partire dal d.l. n. 19/2020, il Governo ha scelto di sacrificare la collaborazione con le Regioni in una delle fasi più delicate della crisi, quando cioè il ruolo di tali enti avrebbe potuto rivelarsi rilevante e decisivo perché più prossimo al luogo dell'emergenza²⁸. In estrema sintesi, il d.l. n. 19/2020 ha costituito un'occasione mancata di delineare un assetto più organico dello stato di emergenza e di individuare un nucleo minimo di garanzie necessario a proteggere le libertà individuali e le responsabilità politiche connesse²⁹.

La forza centripeta impressa dal sistema normativo emergenziale è persistita anche nei decreti successivi, restringendo progressivamente lo spazio d'intervento delle Regioni e dei Comuni, che è rimasto circoscritto, rispettivamente, all'adozione di misure più restrittive della libertà di circolazione in specifiche aree solo in presenza di un aggravamento della situazione epidemiologica e nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità e alla chiusura temporanea di aree pubbliche o aperte al pubblico in cui

e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge”.

²⁶ L'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore può avvenire solo «nelle more» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza e senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

²⁷ Si noti che le parole «e regionali» sono state aggiunte dalla l. n. 35/2020 in sede di conversione.

²⁸ E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 377 ss., spec. p. 392.

²⁹ G. Napolitano, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2020, p. 145 ss.

fosse impossibile assicurare il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale (art. 1, cc. 1, 3 e 9, d.l. n. 33/2020)³⁰.

3.1. (segue) La Corte costituzionale scrimina la gestione nazionale dell'emergenza Covid-19: l'architettura debole della sentenza n. 198/2021.

La legittimità costituzionale dell'architettura normativa realizzata per gestire l'emergenza Covid-19 è stata contestata davanti alla Consulta tramite ricorso per annullamento sollevato dal giudice di pace Frosinone, nell'ambito di un giudizio di opposizione di un cittadino contro la sanzione amministrativa inflittagli per aver violato le prescrizioni del d.P.C.M. 22 marzo 2020, in particolare, quella che vietava di allontanarsi dal territorio comunale senza giustificato motivo. L'oggetto della richiesta di annullamento era costituito da alcune disposizioni dei dd.ll. n. 6/2020 e 19/2020 per il tramite delle quali sarebbe stata compiuta una illegittima delega della funzione legislativa in materia di gestione dell'emergenza Covid-19. Tali norme avrebbero, infatti, conferito al Governo il potere di gestire la pandemia attraverso l'adozione di meri atti amministrativi (d.P.C.M.) in contrasto con il principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa e al di fuori dell'ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, ovvero lo stato di guerra disciplinato dall'art.78. La Corte costituzionale, con sentenza n. 198/2021, ha dichiarato il ricorso in parte inammissibile e in parte infondato³¹.

La decisione di inammissibilità scaturisce dall'estraneità delle disposizioni del d.l. n. 6/2020 dalla fattispecie oggetto del giudizio, poiché al tempo in cui si era verificata tali disposizioni erano già state abrogate dal successivo d.l. n. 19/2020, in attuazione del quale era stato emanato un d.P.C.M. sostitutivo.

Al contrario, la questione di incostituzionalità del d.l. n. 19/2020, nonostante superi il giudizio di rilevanza, viene dichiarata infondata nel merito. La Corte esclude l'asserita delega (illegittima) di potestà legislativa al Governo per la gestione dell'emergenza Covid-

³⁰ Sia consentito rinviare, sul punto, a V. Di Capua, *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico del rischio» nella pandemia Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, p. 301 ss., spec. p. 317.

³¹ Corte cost., sentenza n. 198/2021. Per un commento alla pronuncia, si veda almeno M. Francaviglia, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritticomparati.it*, 10 gennaio 2022; A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2022.

19, poiché il contenuto dei d.P.C.M. sarebbe già definito a monte dai decreti-legge. In questo modo, i d.P.C.M. si configurerebbero come atti necessitati, emanati in attuazione di norme di livello legislativo che ne prefissano il contenuto, differenziandosi dal modello delle ordinanze necessitate, a contenuto libero. Inoltre, il d.l. n. 19/2020 non fa venir meno la responsabilità politica del Governo, introducendo l'obbligo di riferire periodicamente al Parlamento sulle misure adottate.

La decisione riprende integralmente il contenuto della sentenza n. 37/2021³², che aveva elaborato alcuni *principi-guida* cui lo Stato e le Regioni dovevano uniformarsi nella definizione delle strategie di gestione dell'emergenza, sintetizzabili nel modo che segue: la gestione della pandemia rientra prevalentemente nella materia della profilassi internazionale, che l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato; lo Stato e le Regioni possono collaborare esclusivamente nell'esercizio delle funzioni amministrative nel quadro, tuttavia, di decisioni politiche che solo lo Stato è legittimato ad adottare; la profilassi internazionale è una materia che

³² Corte cost., sentenza n. 37/2021, in *Giur. cost.*, 2021, 2, p. 429, intervenuta all'esito del giudizio instaurato a seguito dell'impugnazione da parte del Governo della legge regionale della Valle d'Aosta 9 dicembre 2021, n. 11, recante *Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza*, che, nel prevedere una serie di misure specifiche per il territorio regionale e derogatorie rispetto a quelle stabilite uniformemente a livello centrale, si era posta in contrasto con la disciplina costituzionale (per un commento alla decisione, si rinvia a V. Baldini, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, p. 415 ss.; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *ConsultaOnLine*, n. 1/2021, p. 329 ss.; R. Nigro, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, p. 418 ss.; 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. 25 ss.; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, p. 10 ss.; L. Cuocolo e F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, p. 3 ss.). La sentenza era stata preceduta dall'ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4, con la quale la Corte costituzionale, avvalendosi del suo potere inibitorio, aveva accolto la richiesta di sospensione cautelare formulata dal Governo nel ricorso in via principale, con un'ampia motivazione circa l'esistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Quanto al primo, la legge impugnata si sovrapponeva alla normativa statale in una materia, quella della profilassi internazionale, di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. e, in questo modo, le misure adottate per fronteggiare l'emergenza erano state considerate come misure di contenimento. Con riguardo al *periculum in mora*, la disciplina regionale era stata ritenuta suscettibile di arrecare un pregiudizio grave e irreparabile alla salute dei cittadini, poiché, avendo legittimato l'adozione di misure meno rigorose rispetto a quelle emanate dal Governo, avrebbe potuto accelerare la diffusione del contagio su tutto il territorio nazionale (sull'ordinanza, si veda il commento di R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi* (*Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4*), in *Federalismi.it*, n. 4/2021, p. 122 ss.).

necessita di «uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»³³; le Regioni non possono adottare una disciplina legislativa che, sovrapponendosi a quella emanata dallo Stato, provochi il rischio concreto e attuale di un aumento del contagio in ragione delle misure previste e consentite; ogni decisione in tale materia, per quanto circoscritta, sul piano degli effetti, all’ambito di competenza locale, è idonea a produrre «un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla», con la conseguenza che «omettere [...] di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali»³⁴.

Il primo profilo controverso della sentenza riguarda la particolare configurazione della profilassi internazionale, che finisce per diventare una sorta di clausola di supremazia implicita che, per un verso, determina l’attribuzione al solo legislatore nazionale del compito di delineare una strategia unitaria di gestione di emergenze pandemiche, per altro verso, marginalizza la *leale collaborazione* con il sistema regionale, limitando l’intervento delle autonomie alla sola fase di attuazione delle misure nazionali³⁵. Per questa via, la profilassi internazionale “diviene una sorta di pass par tout, un ‘bazooka’ nelle mani del potere centrale in grado di ‘spazzare via’, in caso di epidemie di dimensione globale, ogni ostacolo frapposto dalle autonomie regionali al perseguimento dell’obiettivo di contenimento del contagio»³⁶.

Il secondo profilo controverso riguarda la parte della decisione in cui si afferma che, quando la gravità e la peculiarità dell’emergenza lo richieda, il modello delle ordinanze contingibili e urgenti, regolato dal Codice di protezione civile, non costituisce l’unica attuazione del disegno costituzionale ma il legislatore nazionale ha il potere di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali idonee ad assicurarne una gestione più efficace. Quest’affermazione potrebbe trasformarsi in un pericoloso precedente,

³³ Corte cost., sentenza n. 37/2021, paragrafo 7 del considerato in diritto, con espresso rinvio a Corte cost., sentenza n. 5/2018.

³⁴ Corte cost., sentenza n. 37/2021, paragrafo 7.1. del considerato in diritto.

³⁵ Questo profilo è colto da M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, cit., p. 335 ss.; G. D’Ignazio, *I federalizing process europei nella democrazia d’emergenza – Riflessioni comparate a partire dai ‘primi’ 20 anni della riforma del titolo V della Costituzione italiana. Considerazioni conclusive*, in *DPCE online*, 2022, vol. 54, n. Sp., p. 689 ss. e p. 698.

³⁶ Così L. Cuocolo e F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, cit., p. 19.

legittimando operazioni di dubbia legittimità costituzionale, come quella realizzata per tramite del d.l. n. 6/2020 che aveva attribuito alle «autorità competenti» un potere di emergenza indefinito nei contenuti³⁷, autorizzandole ad adottare qualsiasi misura ritenuta idonea a prevenire il contagio, anche non compresa nell'elenco e in totale assenza di controllo democratico. In questo modo, la limitazione dei diritti fondamentali veniva realizzata dall'atto attuativo (d.P.C.M., ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci), espressione di un potere discrezionale solo largamente determinato nei presupposti dalla normativa primaria³⁸. Tant'è che autorevole dottrina ha intravisto in questa tecnica una similitudine con l'istituto della delegificazione, nonostante l'esistenza di alcune peculiarità, costituite dalla natura non regolamentare degli atti autorizzati, dalla particolare astrattezza delle basi giuridiche (inidonee a circoscrivere efficacemente la discrezionalità amministrativa) e la rimessione pressoché totale agli atti autorizzati delle disposizioni di legge da sospendere o da derogare, con conseguente incidenza sui diritti della persona³⁹. Infatti, durante la vigenza del decreto-legge, alcuni dei più importanti diritti fondamentali sono stati ristretti al punto tale da essere sospesi, seppur temporaneamente, frantumando così le garanzie apprestate dalla Costituzione contro il pericolo di abusi⁴⁰. I giudici costituzionali, peraltro, avrebbero potuto soffermarsi sulla questione cruciale dell'intensità dei limiti all'esercizio dei diritti fondamentali imposti dal

³⁷ Carattere rilevato da A. Bartolini, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in *Giustiziainsieme.it*, 23 aprile 2020, il quale lo definisce, appunto, un "potere atipico".

³⁸ M. De Nes, *Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw J.*, n. 1/2020, p. 315 ss., spec. pp. 318-319, osserva, al riguardo, che la norma di legge «si limita a indicare la finalità di prevenire la diffusione dell'epidemia, rimandando all'organo amministrativo ogni valutazione non solo sulle concrete misure da adottare, ma anche su quando queste non saranno più necessarie».

³⁹ R. Manfellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, cit., qui p. 231; in termini analoghi, A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, p. 143 ss., spec. p. 155, il quale osserva, in proposito, che «si è trattato di una figura nuova, che (di fatto) ha realizzato una temporanea delegificazione di larga parte dell'ordinamento, affidandone la disciplina alla determinazione dell'autorità amministrativa; e che tuttavia, rispetto alla figura della delegificazione – almeno per com'è descritta nell'art. 17, c. 2, l. 400/1988 – ha presentato la particolarità di non indicare esaustivamente le materie oggetto di intervento amministrativo; di non rispettare l'obbligo di preventiva determinazione delle norme generali regolatrici della materia; di non indicare espressamente le norme (di legge o di regolamento) la cui efficacia doveva ritenersi temporaneamente sospesa a seguito dell'emanazione di ciascuna ordinanza». Di diverso avviso, tuttavia, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 563 ss.; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnLine*, 3/2020, p. 512 ss., spec. p. 522, secondo i quali la tecnica normativa descritta sarebbe configurabile come una sorta di "delega" dal decreto-legge agli atti amministrativi autorizzati.

⁴⁰ A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnLine.it*, n. 1/2020, p. 203 ss., qui p. 205; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, p. 456 ss., spec. pp. 459-460.

potere di emergenza, considerata la mancanza di una disciplina costituzionale in materia analoga a quella che si trova nella Costituzione spagnola, di cui si dirà nel prosieguo.

4. La disciplina costituzionale e ordinaria dell'emergenza in Spagna: *estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio*.

La Costituzione spagnola (d'ora in avanti, CE) contempla espressamente il diritto di eccezione⁴¹, prevedendo all'art. 116 tre stadi di «*anormalidad constitucional*»⁴², ovvero l'«*estado de alarma, l'estado de excepción e l'estado de sitio*», demandando alla Ley Orgánica n. 4/1981, de 1 de junio, la regolazione puntuale del contenuto, dei presupposti, delle competenze, delle limitazioni e dei procedimenti⁴³. Più in particolare, l'art. 1 della Ley Orgánica n. 4/1981 prevede il ricorso al diritto emergenziale «*cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes*».

Dal 1978, data in cui è stata promulgata la CE, l'*estado de excepción* e l'*estado de sitio* non sono mai stati dichiarati, al contrario dell'*estado de alarma* che, invece, è stato deliberato per ben due volte: la prima è avvenuta nel dicembre 2010 per reagire alla crisi del controllo del traffico aereo⁴⁴ e la seconda nel marzo 2020 per fronteggiare l'emergenza sanitaria Covid-19.

⁴¹ Che si configura come «*una garantía frente a las situaciones de crisis constitucional imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades*»; così, J.M. Lafuente Balle, *Los estados de alarma, excepción y sitio* (I), in *Revista de Derecho Político*, núm 30, 1989, p. 23 ss., qui p. 25.

⁴² A. Carro Martínez, *Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IX, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, p. 208 ss., p. 221.

⁴³ La collocazione sistematica della disciplina dei tre stati di emergenza all'interno nella legge organica risponde anche all'esigenza di apprestare strumenti diversi per situazioni differenti, attribuendo così al decisore politico la possibilità di predisporre, in base ad una valutazione di tipo qualitativo, la soluzione più adeguata per ciascuna delle circostanze emergenziali che dovessero effettivamente presentarsi. Così A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011, p. 325 ss.

⁴⁴ Per un inquadramento storico-giuridico dei fatti occorsi, si rinvia a C. Vidal Prado, D. Delgado Ramos, *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, p. 243 ss., spec. p. 244 ss.; I. Espín López, *Estado de alarma en el sistema constitucional español: Espacio aéreo*, in *Revista Acta Judicial*, n. 2/2018, p. 115 ss., spec. p. 122 ss.

La Ley Orgánica n. 4/1981 disciplina gli stati eccezionali secondo un ordine di gravità, sicché più grave è l'emergenza maggiori saranno le garanzie e i requisiti per la dichiarazione dello stato eccezionale⁴⁵.

L'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981 individua puntualmente le «*alteraciones graves de la normalidad*» che giustificano la dichiarazione dell'*estado de alarma* e che comprendono anche le crisi sanitarie come le epidemie e le situazioni di grave contagio⁴⁶. In questi casi, il Governo può, in forza del successivo art. 6, dichiarare l'*estado de alarma* con decreto adottato in seno al *Consejo de Ministros*, con la specifica indicazione dell'ambito territoriale, degli effetti e della sua durata, che in ogni caso non può eccedere i quindici giorni. Qualora l'emergenza riguardi tutto o parte di un territorio regionale, la dichiarazione può essere anche adottata su sollecitazione del Presidente della *Comunidad Autónoma* interessata.

Alla scadenza del termine, il Governo può sollecitare una proroga attraverso apposito *acuerdo* in *Consejo de Ministros*, previa autorizzazione del *Congreso de los Diputados*, che può anche modificare gli effetti e i limiti del primo decreto (che non è sottoposto alla previa discussione e autorizzazione parlamentare). Né la Costituzione né la Ley Orgánica n. 4/1981 hanno espressamente stabilito un limite di durata della proroga di *estado de alarma*, cosicché, in linea di principio, il *Congreso de los Diputados* può, di per sé o in risposta a ciò che è nell'interesse del Governo, stabilire il tempo di durata della proroga richiesta. La Ley Orgánica n. 4/1981 si premura solo di stabilire che la dichiarazione di *estado de alarma*, la prima proroga e le successive non possono protrarsi oltre quanto strettamente necessario per risolvere la situazione di crisi (art. 1, c. 2).

La dichiarazione di *estado de alarma*, in virtù dell'art. 55 CE, non può sospendere i diritti fondamentali, ma solo prevedere limitazioni all'esercizio degli stessi, attraverso le misure

⁴⁵ Così A. Aba Cotoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011, p. 305 ss., spec. p. 324, secondo la quale «[s]on tres estados de crisis constitucional, enumerados de menor a mayor gravedad, pero que, en esencia, responden al mismo objetivo, responder a las situaciones de emergencia que se puedan producir poniendo en jaque al Estado».

⁴⁶ Si tratta delle situazioni elencate dall'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981, ovvero: a) catastrofi, calamità o disgrazie pubbliche, come terremoti, inondazioni, incendi urbani e forestali o incidenti su larga scala; b) crisi sanitarie, quali epidemie e gravi situazioni di contaminazione; c) paralisi dei servizi pubblici essenziali per la collettività, quando non sono garantite le disposizioni degli articoli ventotto, due e trentasette, due della Costituzione, concorre qualsiasi altra circostanza o situazione contenuta nel presente articolo; d) situazioni di penuria di prodotti essenziali.

Tali situazioni sono definite dalla dottrina politicamente neutrali; così V.P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2/1981, p. 93 ss.

elencate dall'art. 11, Ley Orgánica n. 4/1981, ovvero: limitazione della circolazione o della permanenza delle persone o dei veicoli in determinati orari e luoghi, oppure prescrizione di determinati requisiti; requisizioni temporanee dei beni e imposizione di benefici personali obbligatori; occupazione temporanea di industrie, fabbriche, officine, aziende agricole o locali di qualsiasi natura, con la sola esclusione delle abitazioni private e previa segnalazione ai Ministeri interessati; limitazione o razionamento dell'uso dei servizi o dei consumo di beni essenziali; assicurare, attraverso ordini, l'approvvigionamento dei mercati e il funzionamento dei servizi dei centri di produzione dei beni essenziali. Nel caso di catastrofe o crisi sanitaria, l'autorità competente può integrare le misure elencate o adottarne nuove in conformità con le norme sulla tutela della salute o dell'ambiente (art. 12, Ley Orgánica n. 4/1981).

L'*estado de excepción*, previsto dal successivo art. 13, Ley Orgánica n. 4/1981 può essere dichiarato in tutte le occasioni in cui si verificano gravi perturbazioni dell'ordine pubblico. Sotto un profilo procedurale, la dichiarazione deve essere autorizzata dal *Congreso de los Diputados*, il cui controllo si estende anche al contenuto del decreto predisposto dal Governo. La durata non può superare trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni al ricorrere dei seguenti requisiti: l'espressa determinazione degli effetti, attraverso l'indicazione dei diritti tra quelli elencati dall'art. 55 della Costituzione di cui si chiede la sospensione e delle misure adottate; l'ambito territoriale interessato; gli importi massimi delle sanzioni che l'autorità governativa è autorizzata a irrogare.

I provvedimenti che il Governo è autorizzato ad adottare sono: sequestrare tutti i tipi di armi, munizioni o sostanze esplosive; ordinare interventi nelle industrie o nelle imprese che causano o possono causare l'alterazione dell'ordine pubblico e sospendere temporaneamente la loro attività; dichiarare e disporre le misure necessarie per la sorveglianza e la protezione di edifici, impianti, servizi pubblici, opere oppure operazioni, ad eccezione delle abitazioni private; coordinare l'esercizio dei propri poteri con le *Comunidades Autónomas*, quando l'*estado de excepción* interessi, in tutto o in parte, l'ambito territoriale di una *Comunidad Autónoma* (articoli 24 ss. della Ley Orgánica 4/1981). In ogni caso, i provvedimenti che il Governo può adottare sono più numerosi di quelli indicati, dipendendo dai diritti fondamentali che, di volta in volta, vengono sospesi. Infine, l'*estado de sitio* è il più grave dei tre stati di eccezione e può essere dichiarato quando vi è una minaccia o un atto di forza contro la sovranità, il territorio, l'indipendenza

o l'ordinamento costituzionale della Spagna. L'art. 32, Ley Orgánica n. 4/1981 assiste la dichiarazione con garanzie procedurali e sostanziali rafforzate: innanzitutto, la proposta di dichiarazione presentata dal Governo deve ottenere l'autorizzazione del *Congreso de los Diputados*; inoltre, la dichiarazione, oltre a determinare l'estensione territoriale, le condizioni e la durata, può anche contenere la sospensione per un periodo di tempo determinato delle garanzie che l'art. 17 CE riconosce al detenuto, nonché l'individuazione dei reati che nel corso della sua vigenza saranno soggetti alla giurisdizione militare. Durante tutta la durata dell'*estado de sitio*, il Governo dirigerà la politica militare e di difesa.

Pur essendo funzionali a regolare situazioni emergenziali differenti, gli stati di eccezione hanno in comune alcuni requisiti indicati dal Capitolo I della Ley Orgánica n. 4/1981, e cioè: sono dichiarati quando si verificano circostanze straordinarie che rendono impossibile il mantenimento della normalità; impongono misure strettamente indispensabili per assicurare il ripristino alla normalità; la loro applicazione deve essere effettuata in modo proporzionato alle circostanze; la dichiarazione deve essere pubblicata immediatamente sulla Gazzetta Ufficiale dello Stato ed entra in vigore lo stesso giorno della pubblicazione; alla dichiarazione deve essere data la massima diffusione attraverso i mezzi di comunicazione pubblici e privati; è espressamente vietato lo scioglimento del *Congreso de los Diputados*⁴⁷.

4.1. (segue) Sospensione o limitazione dei diritti fondamentali: sintesi di un dibattito mai sopito.

L'art. 55, c. 1, CE prevede che solo la dichiarazione di *estado de excepción* e di *estado de sitio* possono comportare la sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali espressamente elencati dalla norma. Si tratta, in particolare, della libertà e della sicurezza personale (art. 17 CE) – con alcuni limiti nel caso di *estado de excepción* –, del diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 18, c. 2, CE), del diritto al segreto delle comunicazioni

⁴⁷ F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978; Id., *La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, in *Revista de derecho político*, n. 11/1981, p. 83 ss., rileva che, in Spagna, gli stati di emergenza non alterano il normale funzionamento dei poteri costituzionali, né sospendono la decisione degli ordinari ricorsi processuali.

(art. 18, c. 3, CE), della libertà di circolazione e soggiorno (art. 19), del diritto alla libertà di espressione, alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica (art. 20 c. 1, lett. a) e d), e c. 5, CE) e al sequestro di pubblicazioni, registrazioni o altri mezzi di informazione (art. 20, c. 5, CE), dei diritti di assemblea e manifestazione (art. 21 CE), del diritto di sciopero (art. 28, c. 2), del diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di adottare misure collettive di conflitto (art. 37, c. 2, CE). Da ciò si desume che la sospensione dei diritti e delle libertà è esclusa nel caso di dichiarazione di *estado de alarma* che, invece, può solo limitarli.

La *ratio* della norma è, chiaramente, evitare che, durante l'*estado de alarma* che possano essere sospesi diritti e libertà fondamentali da parte dell'autorità pubblica senza alcun controllo parlamentare antecedente.

La dottrina si è per lungo tempo concentrata sul significato giuridico della sospensione e della limitazione di un diritto fondamentale.

In generale, il concetto di limite di un diritto o di una libertà fondamentale va riferito ad una riduzione imposta dall'esterno al contenuto del diritto o della libertà oggetto di riconoscimento costituzionale attraverso l'esclusione della tutela di alcuni presupposti in virtù di un'espressa autorizzazione della Costituzione⁴⁸. Questa definizione di limite comprende tre elementi: il carattere esteriore del limite, la sua proiezione sull'oggetto del diritto fondamentale e la necessità che sia la Costituzione a conferire all'autorità pubblica il potere di limitare i diritti fondamentali. Alcuni autori distinguono tra limiti esterni e limiti interni: mentre i primi vengono individuati direttamente dal potere pubblico autorizzato dalla Costituzione, i secondi, invece, sono espressamente previsti dalla Costituzione o derivano da norme di pari rango costituzionale⁴⁹.

⁴⁸ I. de Otto y Pardo, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in L. Martín Retortillo, I. de Otto y Pardo (a cura di), *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 95 ss.

Si veda altresì sul tema L.A. Petit Guerra, *La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, in *Revista de Derecho*, n. 15/2017, p. 215 ss.; A. Oehling de los Reyes, *El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: Esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales*, in *Revista de Derecho Político*, n. 100/2017, p. 1099 ss.

⁴⁹ I. Villaverde Menéndez, *Los límites de los derechos fundamentales*, in F.J. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M.A. Presno, B. Aláez e I.F. Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 106 ss., spec. p. 106.

Le limitazioni si manifestano con restrizioni rivolte ai titolari del diritto fondamentale che si limita riguardanti il contenuto o l'oggetto, che viene comunque garantito⁵⁰.

La sospensione, invece, consiste in una forma più intensa di restrizioni del fascio di facoltà derivanti dal riconoscimento di un diritto fondamentale. Essa richiede una dichiarazione formale che la preveda espressamente e comporta la perdita delle garanzie costituzionali che assistono il diritto fondamentale.

Alcuni autori ritengono che la sospensione prevista dall'art. 55 CE determini una *de-costituzionalizzazione* dei diritti fondamentali, poiché il potere pubblico può regolarli fino al punto di eliminarli del tutto con l'unico limite che questa operazione sia funzionale a superare un *estado de excepción* o un *estado de sitio* legittimamente dichiarato⁵¹. Ciò comporta che le autorità pubbliche non possano comportarsi come se il diritto sospeso non esistesse, poiché «sono solo abilitate a sostituire temporaneamente il loro consueto regime giuridico con un altro che non debba rispettarne il contenuto essenziale»⁵² all'unico scopo di superare la situazione di anormalità.

Il *Tribunal Constitucional* ha ormai da tempo chiarito che vi sono due modi per definire il contenuto essenziale di un diritto fondamentale. Secondo una prima accezione, il contenuto essenziale di un diritto fondamentale si identifica con quelle «facoltà o possibilità di azione necessarie affinché il diritto sia riconoscibile come pertinente al tipo descritto e senza le quali esso cessa di appartenere a quel tipo e deve essere incluso in un altro, per così dire, di diversa natura»⁵³. Secondo un'altra accezione, il contenuto essenziale del diritto fondamentale si riferisce «a quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria affinché gli interessi giuridicamente tutelabili, che danno vita al diritto, siano reali, concreti ed effettivamente tutelati»⁵⁴. La lesione del contenuto essenziale si verifica, dunque, quando il diritto è soggetto a limitazioni tali da renderlo non esercitabile o privarlo della necessaria tutela.

Le accezioni proposte sono complementari, e non antitetiche.

⁵⁰ Ad esempio, quanto contenuto nell'art. 29, c. 1, CE, dove si richiama la legge per stabilire la forma e i requisiti per l'esercizio del diritto di petizione: «*Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley*».

⁵¹ P. Requejo Rodríguez, *La suspensión de los derechos fundamentales*, F.J. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M.A. Presno, B. Aláez e I.F. Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, cit., pp. 198-199.

⁵² P. Requejo Rodríguez, op. ult. cit., p. 113.

⁵³ Tribunal Constitucional, sentenza 11/1982, de 29 de marzo, traduzione nostra.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, sentenza 11/1982, traduzione nostra.

La sentenza costituzionale è utile per chiarire, in definitiva, il significato giuridico della sospensione prevista dall'art. 55 CE, che si identifica, pertanto, con la temporanea cessazione dell'efficacia della norma che garantisce il diritto fondamentale e che consegue ad una espressa dichiarazione che prevede tale effetto (e non all'intensità delle limitazioni che possono essere imposte all'esercizio del diritto stesso)⁵⁵. Quando il diritto fondamentale è sospeso, il suo regime giuridico non è quello regolare e ordinario garantito dal precetto costituzionale, essendo la norma costituzionale temporaneamente priva di effettività, ma quello diverso previsto dalla Ley Orgánica n. 4/1981.

Per questo motivo, la distinzione tra la sospensione e la limitazione non si basa sull'intensità o sulla generalità delle restrizioni imposte al diritto fondamentale ma sulla sostituzione del regime di garanzia costituzionale previsto per quel diritto, che si verifica solo nella prima.

5. Il ricorso alla procedura di *estado de alarma* per fronteggiare l'emergenza Covid-19 in Spagna: limitazione o sospensione dei diritti fondamentali?

Analogamente a quanto accaduto in Italia, il rapido aggravarsi della situazione epidemiologica ha spinto il Governo a dichiarare l'*estado de alarma* costituzionale, in luogo dell'applicazione della normativa ordinaria in materia sanitaria e di protezione civile, per fronteggiare l'emergenza Covid-19⁵⁶.

Con *Real Decreto* n. 463/2020, del 14 marzo, il *Consejo de Ministros* ha dichiarato l'*estado de alarma* che ha conferito al Governo il ruolo di autorità competente per la gestione dell'emergenza sull'intero territorio nazionale in conformità all'art. 7, Ley Orgánica n. 4/1981.

Sotto un profilo organizzativo, la dichiarazione di *estado de alarma* ha determinato un accentramento dei poteri in capo al Governo e al suo Presidente, sotto la cui direzione sono stati posti i Ministri della Difesa, degli Interni, dei Trasporti e della Sanità, quali autorità delegate dal Governo competenti ad adottare, nelle aree di rispettiva competenza, le

⁵⁵ Tribunal Constitucional, sentencia 71/1994, de 3 de marzo.

⁵⁶ Condivisibile l'opinione di V. Faggiani, *Los estados de excepción ante los nuevos desafíos: hacia una sistematización en perspectiva multinivel*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, p. 19 ss., qui p. 22, secondo la quale l'emergenza Covid-19 ha contribuito a ridefinire il concetto di «excepcionalidad».

risoluzioni, le ordinanze e le istruzioni interpretative necessarie per promuovere la tutela della salute e la sicurezza pubblica nella fase più critica dell'emergenza nazionale⁵⁷. Il Ministro della Sanità è stato identificato come l'autorità competente in via residuale in tutte le aree non ricadenti in quelle indicate, acquisendo, così, un ruolo da protagonista nella gestione della crisi (art. 4).

Lo scopo del provvedimento, reso esplicito nella motivazione, era proteggere la salute dei cittadini, contenere il contagio e rafforzare il sistema sanitario nazionale. Le misure adottate sono definite come essenziali per fronteggiare l'emergenza, proporzionate alla sua estrema gravità e, dunque, non dovrebbero comportare una sospensione dei diritti fondamentali in conformità all'art. 55, c. 1, CE. Innanzitutto, veniva limitata la libertà di circolazione e soggiorno, consentita solo nei casi elencati: acquisto di prodotti alimentari, farmaceutici e di prima necessità; assistenza a centri, servizi e strutture sanitarie; recarsi sul posto di lavoro per svolgere la propria prestazione lavorativa, professionale o aziendale; ritorno al luogo di residenza abituale; assistenza e cura di anziani, minori, persone a carico, persone con disabilità o persone particolarmente vulnerabili; viaggio presso enti finanziari e assicurativi; per causa di forza maggiore o situazione di necessità; ogni altra attività di analoga natura che deve essere svolta individualmente, se non per accompagnare persone con disabilità o per altro giustificato motivo (art. 7). Venivano, poi, disposte una serie di altre misure funzionali a gestire la situazione di grave crisi: requisizioni temporanee di beni e prestazioni personali obbligatorie; sospensione delle attività didattiche, in presenza, in tutte le scuole di ogni ordine e grado, compresa l'istruzione universitaria; sospensione delle attività commerciali, culturali, ricreative, di ospitalità e ristorazione con conseguente chiusura al pubblico degli esercizi commerciali al dettaglio e di numerosi locali, con esclusione di quelli preposti alla somministrazione dei beni di prima necessità; distanziamento sociale nei locali pubblici o aperti al pubblico; restrizioni per l'ingresso nei luoghi di culto e per la partecipazione a cerimonie civili e religiose inclusi i funerali. La violazione delle prescrizioni o la resistenza all'autorità comportava l'applicazione di sanzioni da irrogare conformemente al codice penale, alle leggi in materia di sicurezza dei cittadini, di protezione civile e di salute pubblica.

⁵⁷ L. Frosina, *Il "prolungato" stato di allarme per la gestione dell'emergenza Coronavirus. La eccezionalità tra proporzionalità e identità costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 3 del documento online.

L'intensità delle limitazioni alla libertà di circolazione imposte dal decreto ha dato vita a un serrato dibattito in dottrina sul confine tra sospensione e limitazione dei diritti fondamentali, e dunque, sulla stessa legittimità costituzionale del ricorso alla procedura di *estado de alarma*.

Alcuni hanno sostenuto che la misura del *confinamiento* equivallesse a tutti gli effetti ad una sospensione della libertà di circolazione, e non già ad una mera limitazione dello stesso⁵⁸, con la conseguenza che, per risultare costituzionalmente legittima, avrebbe dovuto essere preceduta dalla dichiarazione di *estado de excepción*⁵⁹. Seguendo questo orientamento, altri hanno rilevato che l'*estado de alarma* dichiarato e prorogato sarebbe stato, in realtà, un *estado de excepción* materiale o di fatto⁶⁰, se non addirittura un "*estado de excepción encubierto*"⁶¹, cioè sotto copertura o nascosto.

Secondo altri, invece, le limitazioni alla libertà di circolazione erano proporzionate alla situazione di necessità e, soprattutto, perfettamente compatibili con il regime giuridico previsto per l'*estado de alarma*. Sebbene, infatti, il decreto e le proroghe successive avessero disposto limitazioni piuttosto stringenti alla libertà di circolazione e ad altri diritti garantiti dalla CE, tuttavia, prevedevano un numero tale di eccezioni ai divieti generali, che le misure in questione potevano in ogni caso ritenersi proporzionate ed evitare di sfociare nella (non consentita) sospensione dei diritti fondamentali⁶². In virtù di un'interpretazione letterale dell'art. 4, lett. b), Ley Orgánica n. 4/1981, l'*estado de alarma* è funzionale a gestire «crisi sanitarie, quali epidemie e gravi situazioni di inquinamento», tra le quali

⁵⁸ M. Aragón Reyes, R. Canosa Usera, A. Carmona Contreras, P. Cruz Villalón, C. Garrido López, M.A. Presno Linera, T. de la Quadra-Salcedo e Fernández del Castillo, *Encuesta sobre el Derecho de excepción*, in *Teoría Y Realidad Constitucional*, n. 48/2022, p. 15 ss., spec. pp. 72-73; M. Aragón Reyes, *Hay que tomarse la Constitución en serio*, in *El País*, 10 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html.

⁵⁹ C.A. Amoedo-Souto, *Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, spec. p. 66; P. Garrido López, *La naturaleza bifronte de estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46/2020, spec. p. 384.

⁶⁰ Così F.J. Díaz Revorio, *A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales*, in *Almacén de Derecho*, 9 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>.

⁶¹ D. Amelang López, *¿Estado de alarma o estado de excepción encubierto?*, in *Público*, 29 marzo 2020, disponibile all'indirizzo web <https://blogs.publico.es/red-juridica/2020/03/29/estado-alarma-excepcion/>; similmente, A. Arroyo Gil, *¿Estado de alarma o estado de excepción?*, in *Agenda Pública*, 12 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>.

⁶² P. Garrido López, *La naturaleza bifronte de estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, cit., p. 395.

rientra certamente la pandemia Covid-19⁶³. Inoltre, le misure emergenziali sono funzionali a salvaguardare il diritto alla vita (art. 15 CE), la salute individuale e la salute pubblica (art. 43, cc. 1 e 2, CE), rispetto ai quali, applicando la tecnica del bilanciamento, la limitazione della libertà di circolazione, riunione, manifestazione e d'impresa risulta del tutto proporzionata, e anzi, necessaria⁶⁴.

Considerato il perdurare della grave crisi sanitaria, l'*estado de alarma* è stato prorogato, una prima volta, con *Real Decreto* n. 476/2020 del 27 marzo 2020, una seconda volta, con *Real Decreto* n. 487/2020, del 10 aprile 2020, emanato in seguito dell'autorizzazione parlamentare resa con *Resolución* del 9 aprile 2020, e una terza volta, con *Real Decreto* n. 492/2020, del 20 aprile 2020, adottato sempre in seguito all'autorizzazione parlamentare resa con *Resolución* del 22 aprile 2020. Le misure precauzionali sono state progressivamente allentate, è stato rafforzato il modello di *co-gobernanza* tra Stato e *Comunidades Autónomas*, di cui si dirà nel prosieguo, in una prospettiva di corresponsabilità tra centro e periferia, sono state ridotte le autorità delegate fino a farle coincidere con il solo Ministero della Sanità e, in ultimo, è stato riconosciuto ai Presidenti autonomici il potere di adottare, modificare, rimuovere le misure anti-contagio in qualità di autorità delegate a livello regionale, seppur in una logica di concertazione con lo Stato centrale.

Il ricorso alla decretazione d'urgenza è servito per fronteggiare le devastanti conseguenze economiche e sociali della pandemia. Tra le varie misure adottate: la concessione di plurime forme di sostegno economico alle famiglie e a categorie di soggetti vulnerabili; il divieto di sfratto degli inquilini per sei mesi dalla dichiarazione dell'*estado de alarma*; la previsione di forme di garanzia finanziaria per salvaguardare la liquidità delle piccole e medie imprese; alcune previsioni volte ad impedire il licenziamento per Covid-19 e ad assimilare i periodi di isolamento e contagio alle situazioni di infortunio sul lavoro; l'introduzione dello *smart working* come misura di flessibilità nel privato e nelle pubbliche amministrazioni; l'attivazione della cassa integrazione straordinaria e temporanea per tutta la durata dello stato di emergenza (c.d. *Expedientes de Regulación Temporal de Empleo*),

⁶³ M.L. Martínez Alarcón, *¿Es el estado de alarma en España un estado de excepción encubierto?*, in *The Conversation*, 2 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://theconversation.com/es-el-estado-de-alarma-en-espana-un-estado-de-excepcion-encubierto-135358>.

⁶⁴ A Arroyo Gil, *¿Estado de alarma o estado de excepción?*, in *Agenda Pública*, 12 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>.

obbligando il datore di lavoro al reintegro del dipendente in cassa integrazione per almeno sei mesi una volta terminato il sostegno.

Con il progressivo miglioramento della situazione epidemiologica, il Governo ha predisposto un piano di graduale superamento delle restrizioni imposte con la dichiarazione dell'*estado de alarma* e delle successive proroghe, ovvero il *Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad*, approvato dal *Consejo de Ministros* il 28 aprile 2020⁶⁵.

Purtroppo, la seconda ondata autunnale ha spinto il Governo, anche su richiesta dei Presidenti autonomici, a dichiarare un secondo *estado de alarma* a livello nazionale con *Real Decreto* n. 926/2020 del 25 ottobre. Nonostante venissero prescritte misure meno severe rispetto al *confinamiento* generale imposto nella primavera dello stesso anno, il provvedimento conteneva limiti piuttosto rigorosi alla libertà di circolazione e di riunione, prevedendo, ad esempio, la possibilità di applicare la *cintura di protezione* ai comuni o alle aree territoriali delle *Comunidades Autónomas* e un *coprifuoco* generale dalle ore 23 alle ore 6. Inoltre, veniva confermato il modello della *co-gobernanza* attraverso l'attribuzione ai Presidenti autonomici del potere di adeguare le misure precauzionali alla gravità del rischio presente nei rispettivi territori.

L'*estado de alarma* è stato prorogato con *Real Decreto* n. 956/2020 del 3 novembre per un intero semestre, a seguito del voto parlamentare sulla *Resolución* del 29 ottobre, con la quale si è convenuto sull'opportunità di prevedere un termine più lungo in luogo delle ordinarie proroghe quindicinali⁶⁶.

5.1. (segue) La dichiarazione di incostituzionalità degli *estados de alarma* e delle relative proroghe da parte del *Tribunal Constitucional*.

Contro gli articoli 7, 9, 10 e 11, *Real Decreto* n. 463/2020, il *Grupo Parlamentario Vox de Congreso de los Diputados* ha proposto ricorso al *Tribunal Constitucional* per violazione

⁶⁵ Il *Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad* regolamentava un allentamento graduale, asimmetrico e coordinato delle misure anti-contagio, articolato in quattro *fasi* distinte a seconda dell'andamento dell'epidemia, della resilienza dei servizi sanitari e dell'implementazione delle misure di protezione collettiva in ciascuna provincia.

⁶⁶ Segnala il rischio concreto di attenuare il controllo parlamentare sullo stato di emergenza E. Herrera, *Un estado de alarma de seis meses: una medida legal pero con riesgo de no tener "contrapeso" parlamentario*, in *elDiario.es*, 26 ottobre 2020.

delle norme costituzionali e ordinarie sull'*estado de alarma*: i limiti imposti all'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali erano talmente stringenti da sfociare in una vera e propria sospensione degli stessi, sicché il Governo avrebbe dovuto ricorrere all'*estado de excepción* e richiedere sin dall'inizio l'autorizzazione del *Congreso de los Diputados*⁶⁷.

Si noti che la questione della giustiziabilità dei decreti di dichiarazione e proroga degli stati emergenziali costituzionali, oggetto di un vivace dibattito dottrinario⁶⁸, è stata risolta solo alcuni anni fa dal *Tribunal Constitucional*, con sentenza n. 83/2016, del 28 aprile, che ha posto un punto fermo sulla natura giuridica di tali atti. L'art. 3, c. 1, Ley Orgánica n. 4/1981 si limita, infatti, ad ammettere la tutela giurisdizionale contro gli atti e i provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione nel corso degli stati emergenziali, rimanendo, tuttavia, silente sul giudice competente e sui rimedi esperibili contro i decreti di dichiarazione e proroga. La ricerca di una soluzione è stata, peraltro, resa più difficoltosa dal fatto che il ricorso agli stati emergenziali è avvenuto, per la prima volta, solo nel 2010, con la dichiarazione dell'*estado de alarma* per reagire alla crisi del controllo del traffico aereo, cioè dopo quasi trent'anni dall'entrata in vigore della Ley Orgánica n. 4/1981. In quell'occasione, il *Tribunal Constitucional* chiarì che la decisione governativa che dichiara l'*estado de alarma* e l'atto di proroga adottato a seguito di autorizzazione parlamentare, non si limita a dichiarare (o prorogare) l'emergenza e a giustificarla sulla base di uno o più presupposti indicati dall'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981 ma, al contrario, ha una vera e propria portata normativa, potendo derogare, sospendere, modificare norme giuridiche e consentire l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi collegati⁶⁹. La forza di legge che a tali decreti va riconosciuta si fonda sul contenuto e sugli effetti dispiegati

⁶⁷ P. Cruz Villanón, *Entre proporcionalidad e identidad: Las claves de la excepcionalidad en el momento actual*, in *Revista española de Derecho constitucional europeo*, n. 27/2017; R. Serena Bosco, *La normativa emergenziale e la dichiarazione dell'estado de alarma del 14 marzo 2020 per la gestione della crisi sanitaria da Covid-19*, in P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, Seminario di studi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi", Ricerca 2021, luglio 2021, in *Osservatoriosullefonti.it*, Speciale - Tosi ricerca 2022 (2022), p. 454 ss., qui p. 461.

⁶⁸ Si vedano, tra i tanti, C. Garrido López, *El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma*, in Id. (a cura di), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, spec. p. 12; Id., *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 110/2017, p. 43 ss., spec. p. 65 ss.; J.M. Lafuente Balle, *Los estados de alarma, excepción y sitio* (II), in *Revista de Derecho Político*, n. 31/1990, p. 27 ss., p. 34; P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción*, cit., pp. 115-116; U. Rusciano, *Natura e applicazione dell'estado de alarma nella Spagna democratica*, in P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, cit., p. 481 ss., spec. p. 494 ss.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, cit., fundamento jurídico 10, afferma che si tratta di un atto normativo che «establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara».

nell'ordinamento giuridico, poiché sostituiscono, durante l'emergenza, ad una legalità ordinaria una *legalità eccezionale*, integrando così il sistema delle fonti⁷⁰. Pertanto, essi possono essere impugnati davanti al *Tribunal Constitucional* con ricorso e domanda di incostituzionalità, fermo restando che contro gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati in loro applicazione può essere presentato ricorso alla giurisdizione contenziosa, nonché, una volta esauriti i rimedi giurisdizionali ordinari, a quella costituzionale in amparo, quando considerati lesivi di diritti fondamentali⁷¹.

Ritornando all'emergenza Covid-19, con sentenza n. 148/2021, del 14 luglio, il *Tribunal Constitucional* ha accolto parzialmente il ricorso, dichiarando il *Real Decreto* n. 463/2020 incostituzionale e nullo. La motivazione, lunga e articolata, si snoda in passaggi che toccano alcune delle questioni più controverse del diritto emergenziale.

Un'ampia premessa è dedicata a chiarire la distinzione tra sospensione e limitazione di un diritto fondamentale. I giudici precisano, in via generale, che «il concetto di 'limitazione' (o 'restrizione') è più ampio di quello di 'sospensione', come genere e specie: ogni sospensione è una limitazione, ma non ogni limitazione implica una sospensione»; pertanto, la sospensione è «una limitazione (o restrizione) appositamente qualificata, secondo il linguaggio comune e giuridico». Con riguardo ai diritti fondamentali, la sospensione si configura come «una cessazione, seppur temporanea, dell'esercizio del diritto e delle garanzie (costituzionalmente o convenzionalmente) riconosciute per tutelarlo»; sospensione che, solo in determinati casi e nei confronti di determinati diritti, riceve una copertura costituzionale (art. 55, c. 1, CE). Al contrario, la limitazione ammette molte più forme, oltre alla sospensione. In sostanza, si può distinguere tra sospensione dei diritti fondamentali – consentita solo nei casi di *estado de excepción* e di *estado de sitio* – e loro eventuale limitazione straordinaria nell'*estado de alarma*. Mentre nel primo caso i diritti «non oppongono altra eventuale resistenza se non quella derivante dal necessario rispetto delle disposizioni di legge di cui all'art. 116, c. 1, CE, fermo restando, naturalmente, il rispetto del principio di proporzionalità da parte dei singoli atti di esecuzione dei provvedimenti autorizzati (art. 1, c. 2, della Ley Orgánica 4/1981), di fronte all'*estado de alarma*, invece, i diritti non possono essere sospesi ma solo limitati, anche in

⁷⁰ C. Garrido López, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, cit., p. 65 ss.

⁷¹ C. Garrido López, *El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma*, cit., p. 27.

modo straordinario, per effetto delle misure previste dalla Ley Orgánica 4/1981, sempre nel rispetto della proporzionalità». In conseguenza di ciò, sarà compito del giudice costituzionale verificare: la conformità alla legge del *Real Decreto* n. 463/2020 e delle sue proroghe; che le misure disposte con tali provvedimenti non implicino una (illegittima) sospensione dei diritti fondamentali; in caso di esito negativo, se le stesse misure siano proporzionali.

Riguardo alla libertà di circolazione, di cui ci si occuperà, i giudici costituzionali rilevano che, in virtù dell'art. 19, c. 1, CE, essa può esplicarsi nelle «strade o spazi ad uso pubblico» a prescindere dalle finalità che solo il titolare del diritto può determinare e senza bisogno di motivare la sua presenza nei luoghi indicati. Tuttavia, questa facoltà viene soppressa dal provvedimento impugnato, che limita le finalità che possono giustificare la circolazione su strade o spazi pubblici e, addirittura, consente al Ministro dell'Interno di disporre la chiusura. La libertà di circolare passa da regola ad eccezione doppiamente condizionata: dalla sua finalità («solo [...] per svolgere» le attività indicate) e dalle sue circostanze («individualmente», sempre con eccezioni). In altri termini, il provvedimento «non delimita il diritto alla libera circolazione in un ambito minore (personale, spaziale, temporale), ma lo sospende in radice, in modo generale, per tutte le persone, e con qualsiasi mezzo». Pertanto, il diritto individuale di circolare liberamente viene sospeso e può essere esercitato solo quando ricorrono le circostanze previste dal decreto. In questo modo, «chiunque può essere costretto a giustificare la propria presenza su qualsiasi strada pubblica, e può essere sanzionato qualora la giustificazione non sia conforme alle disposizioni del decreto». Ciò configura «una restrizione di questo diritto che è, al tempo stesso, generale in termini di destinatari, e di altissima intensità in termini di contenuto, che senza dubbio supera le «limitazioni» che l'art. 11, lett. a), della Ley Orgánica 4/1981 consente all'*estado de alarma* («circolazione o permanenza [...] in determinati orari e luoghi)».

In conclusione, «quando la gravità e l'entità dell'epidemia rendono impossibile il normale esercizio dei diritti, impediscono il normale funzionamento delle istituzioni democratiche, saturano i servizi sanitari (al punto da temere per la loro capacità di affrontare la crisi) e non consentono il normale svolgimento di attività educative né di qualsiasi altra natura, è difficile sostenere che l'ordine pubblico costituzionale (in senso lato, comprendente non solo elementi politici, ma anche il normale sviluppo degli aspetti più elementari della vita

sociale ed economica) non sia influenzato». La grave alterazione dell'ordine pubblico «avrebbe consentito di dichiarare l'*estado de excepción* sulla base delle circostanze effettivamente esistenti, piuttosto che sulla causa primaria; legittimando così anche l'adozione di provvedimenti che comportino una [...] sospensione dei diritti qui considerati». Diversamente, «significherebbe accettare il fallimento dello Stato di diritto, ammanettato e incapace di trovare una risposta a situazioni di tale gravità»⁷².

Queste considerazioni fungono da base per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 7, cc. 1, 3 e 5, del *Real Decreto* 463/2020.

La sentenza si preoccupa anche di chiarire le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità e nullità, precisando che: non sono passibili di riesame né i processi conclusi con sentenza passata in giudicato né le situazioni decise da atto amministrativo non più annullabile né eventuali altre situazioni giuridiche generate dall'applicazione dei precetti annullati, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di uguaglianza sostanziale; il riesame potrà essere ammesso solo nei casi di processi penali o contenzioso-amministrativo (connesso a procedimenti sanzionatori) pendenti qualora dalla dichiarazione di nullità della norma applicata derivi una riduzione della pena o della sanzione oppure l'esclusione, l'esenzione o la limitazione della responsabilità, in virtù del principio di legalità penale; la dichiarazione di incostituzionalità non potrà in nessun caso dar luogo a responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione⁷³.

Le conclusioni del *Tribunal Constitucional* sono ribadite dalla successiva sentenza n. 183/2021, del 27 ottobre, con la quale sono state dichiarate l'incostituzionalità e la nullità parziale del *Real Decreto* n. 926/2020, del 25 ottobre, della delibera di autorizzazione alla proroga, emanata dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* senza alcuna certezza sulle misure da applicare né sul loro periodo di validità, e *Real Decreto* n. 956/2020, che ne aveva recepito interamente il contenuto. Più nello specifico, le disposizioni contestate riguardavano: la designazione dei Presidenti delle *Comunidades*

⁷² Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, de 14 de julio, fundamento jurídico 11, traduzione nostra. Si vedano, in proposito, anche le riflessioni di J. Lozano Miralles, *Democracia de emergencia y crisis sanitaria: el caso español*, in *DPCE online*, 2022, vol. 54, n. Sp., p. 309 ss., p. 317, il quale efficacemente sintetizza che: «la inconstitucionalidad que se declara no deriva del contenido 'material' de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad se aceptan, sino del instrumento jurídico utilizado para la suspensión del derecho fundamental directamente concernido: la declaración del estado de alarma en vez del estado de excepción». In senso conforme, si veda altresì R.L. Blanco Valdés, *La lucha contra el Covid-19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, ivi, p. 288 ss., spec. p. 305.

⁷³ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, cit., fundamento jurídico 11, lett. a), b) e c).

Autónomas e delle città con *estatuto de autonomía* quali autorità competenti delegate dal Governo per taluni effetti dell'*estado de alarma* e nei rispettivi ambiti territoriali; l'autorizzazione alla proroga di *estado de alarma*, disposta dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* con delibera del 29 ottobre 2020; la proroga di *estado de alarma*; la violazione delle libertà di circolazione e di riunione, negli spazi pubblici e privati, e nei luoghi di culto.

Con riguardo all'ultima questione, i giudici hanno escluso che le disposizioni censurate avessero comportato una illegittima compressione dei diritti fondamentali dei ricorrenti. La tecnica argomentativa impiegata è analoga a quella già sperimentata dalla sentenza n. 148/2021, del 14 luglio, e ruota intorno alla verifica che i provvedimenti impugnati: siano conformi alla legge; se non comportino una sospensione del diritto fondamentale leso; e, infine, se le circostanze che ne hanno giustificato l'emanazione siano opportune, necessarie e proporzionate⁷⁴. Il principio di proporzionalità appare una ulteriore difesa rispetto a quella rappresentata norme della Costituzione e della Ley Orgánica n. 4/1981.

Quanto alla misura che dispone la limitazione della circolazione notturna delle persone, i giudici osservano che essa contiene una regola generale (divieto per le persone di circolare su strade o spazi ad uso pubblico dalle ore 23 alle ore 6, nel periodo compreso tra il 9 novembre, data in cui è entrato in vigore l'*estado de alarma*, e il 9 maggio 2021, data di cessazione della proroga) e una serie di eccezioni puntualmente elencate (ad esempio, acquisto di medicinali, prodotti sanitari e altri beni di prima necessità; assistenza sanitaria, ecc.). Il provvedimento è conforme agli articoli 11, lett. a) e 12, Ley Orgánica n. 4/1981, che danno copertura costituzionale alle misure limitative o restrittive della libertà di movimento o della permanenza delle persone «in determinati luoghi», in presenza di situazioni di carattere emergenziale. La misura contestata ha prescritto una (mera) limitazione della libertà di circolazione «per un determinato orario notturno della durata massima di sette ore [...] del totale giornaliero»⁷⁵, a differenza dell'art. 7 del *Real Decreto* 463/2020 che, invece, aveva introdotto una (illegittima) sospensione di tale libertà e che, per tale motivo, era stato dichiarato incostituzionale e nullo. Infine, la limitazione alla libertà di circolazione notturna supera anche il *test* di proporzionalità, essendo adeguata (rispetto all'obiettivo del *collasso* del sistema sanitario), necessaria (non essendo altri atti

⁷⁴ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, fundamento jurídico 3.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, sentencia n. 183/2021, de 27 de octubre, fundamento jurídico 2.

adottati dalle autorità per controllare l'evoluzione dell'epidemia risultati sufficienti) e proporzionale in senso stretto (poiché il divieto di circolazione era circoscritto in un arco temporale ridotto rispetto alla giornata complessiva, peraltro generalmente dedicato al riposo della maggioranza della popolazione).

La stessa tecnica argomentativa viene impiegata per il controllo secondo il *blocco di costituzionalità*⁷⁶ delle altre misure che avevano disposto la limitazione dell'ingresso e dell'uscita delle persone nei territori delle *Comunidades Autónomas* e la limitazione della libertà di riunione negli spazi pubblici e privati e nei luoghi di culto, che pure superano il vaglio di legittimità costituzionale.

Diverso esito ha, invece, il controllo di costituzionalità sulla proroga di *estado de alarma*, autorizzata dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* con delibera del 29 ottobre 2020 e disposta dal Governo con *Real Decreto* n. 956/2020, che viene dichiarata incostituzionale e nulla. Si è visto in precedenza che né la Costituzione né la Ley Orgánica n. 4/1981 prevedano un limite di durata della proroga. Tuttavia, per espressa disposizione costituzionale, nei casi di proroga di *estado de alarma*, il *Congreso de los Diputados*, oltre ad essere investito del potere di autorizzazione (art. 6, c. 2, Ley Orgánica n. 4/1981)⁷⁷, deve esercitare un controllo rafforzato e qualificato sull'operato del Governo, cui spetterà attuare, caso per caso, le misure concordate e garantire così il più presto possibile il ritorno alla normalità. Come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, una volta che l'autorizzazione è stata accordata dal *Congreso de los Diputados*, l'*estado de alarma*, di origine governativa, ottiene una base parlamentare, giacché spetta ad esso il potere di stabilire «l'ambito e le condizioni vigenti durante l'estensione», che includono la fissazione dei suoi «termini», cosicché il suo intervento, «pur essendo, in astratto, uno strumento di controllo politico del Governo, si configuri [...] non solo come un presupposto per disporre la proroga [...], ma anche quale elemento determinante della sua portata, condizioni e termini, o stabiliti direttamente dalla Camera stessa, o mediante espressa accettazione di

⁷⁶ La tecnica del controllo della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge condotto secondo il *blocco di costituzionalità*, tipico dei Paesi come la Francia e la Spagna, riguarda il modo in cui il giudice costituzionale, non essendo controllato da nessuno, si autolimita nell'esercizio della sua funzione, e cioè, l'individuazione dei testi e dei principi sui quali fondare le sue decisioni e la scelta dei criteri interpretativi di quegli stessi testi e principi. Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. L. Favoreu, *Costituzionalità delle leggi, controllo di*, in *Enc. sc. soc.*, 1992, disponibile all'indirizzo web www.treccani.it.

⁷⁷ Sulla qualificazione giuridica dell'autorizzazione alla stregua di atto dal "contenuto normativo o regolamentare", con rango o valore di legge, «espressione dell'esercizio di una competenza affidata al *Congreso* ex art. 116 CE al fine di tutelare [...] i diritti e le libertà dei cittadini», si veda Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, de 28 de abril de 2016, fundamento jurídico 9, traduzione nostra.

quelli proposti nella richiesta di proroga, ai quali dovrà necessariamente uniformarsi il decreto che la dichiara»⁷⁸. L'autorizzazione della proroga di *estado de alarma*, come, del resto, la sua dichiarazione, produce effetti giuridici rilevanti sui diritti e sulle libertà delle persone, che «si proiettano nella modificazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'amministrazione e delle pubbliche autorità e nella fissazione di alcune limitazioni o restrizioni»⁷⁹. Più in particolare «l'esercizio e il godimento dei propri diritti da parte dei cittadini possono essere vincolati in modo straordinario dalla validità di questo stato di crisi [...], che può essere prorogato [...] solo se la rappresentanza nazionale lo delibera e lo avalla»⁸⁰. Queste motivazioni giustificano un controllo del *Congreso de los Diputados* piuttosto penetrante sulla richiesta di proroga di *estado de alarma* avanzata dal Governo. Nel concedere l'autorizzazione, sarà tenuto a motivare: innanzitutto, «sulla necessità di prolungare l'*estado de alarma* oltre il periodo stabilito dal Governo nella dichiarazione, a causa del concorso di circostanze che esso rappresenta e delle argomentazioni giustificative»⁸¹; in secondo luogo, «in merito alla fissazione del periodo di tempo che, prevedibilmente, riterrà indispensabile per ribaltare la situazione di grave anomalia che ha giustificato l'*estado de alarma* inizialmente dichiarato; il Governo potrà [...] proporre un termine di proroga che dovrà essere valutato dal *Congreso*, accogliendolo, modificandolo o addirittura stabilirlo *ex novo*, tenendo presente che tale durata debba essere sempre prevedibilmente indispensabile a far cessare l'alterazione»⁸²; in terzo luogo, «sull'adeguatezza delle misure da applicare nel periodo di proroga [...]; tali misure possono essere proposte dal Governo e accettate o pure modificate dal *Congreso*, oppure il *Congreso* stesso può stabilire le misure che ritiene necessarie e fissarne 'la portata e le condizioni'»⁸³; infine, «sulla prudenza che il Congresso deve osservare nel decidere la durata della proroga, in modo da poter svolgere efficacemente il controllo periodico sull'operato del Governo in rapporto alla situazione di crisi che deve affrontare»⁸⁴.

Il *principio di temporalità* degli stati di crisi, derivante dall'art. 1, cc. 2 e 3, Ley Orgánica n. 4/1981, comporta, innanzitutto, la determinazione iniziale della durata temporanea di

⁷⁸ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, fundamento jurídico 8, traduzione nostra.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, fundamento jurídico 8, traduzione nostra.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, fundamento jurídico 8, lett. c), traduzione nostra.

⁸¹ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, fundamento jurídico 8, lett. e), traduzione nostra.

⁸² Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

⁸³ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

⁸⁴ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

estado de alarma, in secondo luogo, la fissazione, da parte del *Congreso de los Diputados*, della durata massima della sua proroga nella delibera di autorizzazione, e infine, la riserva allo stesso organo del potere di riconsiderare la validità o, in generale, le condizioni iniziali o sopravvenute, qualora il Governo, ritenendo necessario il suo mantenimento, deve ottenere una nuova autorizzazione parlamentare. Nonostante non sia previsto un numero massimo di proroghe, la Ley Orgánica n. 4/1981 si premura, tuttavia, di stabilire che la dichiarazione di *estado de alarma*, la prima proroga e le successive non possono protrarsi oltre quanto strettamente necessario per risolvere la situazione di crisi.

Con riguardo al caso di specie, il *Congreso de los Diputados* aveva autorizzato, il 29 ottobre 2020, la proroga di *estado de alarma* dichiarato dal *Real Decreto* n. 926/2020 e ne aveva circoscritto l'efficacia al periodo compreso tra il 9 novembre 2020 e il 9 maggio 2021. La decisione di estendere la durata della proroga per un periodo di sei mesi riposava su un duplice ordine di motivazioni: da un lato, l'attuazione delle misure prescelte necessitava di un tempo utile per raggiungere l'obiettivo di ridurre i contagi; dall'altro, l'andamento dell'epidemia non consentiva di stabilire un periodo diverso, tenuto anche conto del probabile *picco* nel periodo invernale dovuto alla ridotta possibilità di svolgere attività negli spazi aperti. Il contenuto dell'autorizzazione era stato recepito dal successivo *Real Decreto* 956/2020. Applicando i principi poc'anzi esaminati, i giudici concludono per l'incostituzionalità e la nullità della proroga, giacché «non si può qualificare come ragionevole o fondata la fissazione di una durata di una proroga di sei mesi, che il *Congreso* ha stabilito senza alcuna certezza su quali misure sarebbero state applicate, quando sarebbero state applicate e per quanto tempo sarebbero state efficaci in alcune parti o su tutto il territorio nazionale interessato dall'*estado de alarma*»⁸⁵.

6. Riflessioni finali.

La pandemia Covid-19 ha invero fatto più di vent'anni orsono dalla Commissione di Venezia sulla possibilità concreta che nei contesti emergenziali si verificino gravi violazioni dei diritti umani. Per contenere il contagio e alleggerire la pressione sui sistemi sanitari in sofferenza a causa dell'elevato numero dei malati, i

⁸⁵ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, *ibidem*.

Governi di tutto il mondo hanno adottato misure volte a limitare la libertà di circolazione e l'esercizio di altri diritti fondamentali, assistiti da garanzie costituzionali.

In Italia, l'emergenza è stata fronteggiata attraverso la creazione di un nuovo ordinamento, costituito, a monte, da decreti-legge e d.P.C.M., contornato da ordinanze e da decreti ministeriali e infittito, a valle, da ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, che si sono, in parte, sovrapposte ai provvedimenti nazionali, ribadendo, inasprendo o allentando le misure. Un metodo inedito di usare le fonti del diritto che, da un lato, ha interrotto il rapporto di collaborazione tra Stato e Regioni instaurato fino a poco prima dalle ordinanze di protezione civile, dall'altro, ha prodotto effetti imponderabili sull'esercizio e sulla garanzia dei diritti fondamentali. In assenza di una disciplina costituzionale sull'emergenza, l'operazione eseguita dal legislatore è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che, in ben due occasioni, ha affermato che, in presenza di un'emergenza grave e peculiare come la pandemia Covid-19, il modello delle ordinanze contingibili e urgenti, regolato dal Codice di protezione civile, non costituisce l'unica attuazione del disegno costituzionale ma il legislatore nazionale ha il potere di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti idonee ad assicurarne una gestione più efficace. La pronuncia è rimasta silente sulle limitazioni ai diritti fondamentali che, nei contesti emergenziali, non è infrequente che si trasformino in pericolose e illegittime sospensioni. È il caso della reiterazione delle ordinanze contingibili e urgenti, che si verifica quando alcuni giorni prima della scadenza del provvedimento ne viene emanato un altro con il medesimo contenuto motivando con il permanere dello stato di emergenza. Un'ipotesi tutt'altro che infrequente durante la pandemia Covid-19, soprattutto con riguardo alle ordinanze regionali limitative della libertà di circolazione che sono state spesso reiterate per prolungarne gli effetti per un tempo superiore di quello consentito dalla legge.

In Spagna, il Governo ha reagito alla pandemia Covid-19 avviando la procedura di *estado de alarma*, previsto dalla CE e dalla Ley Orgánica n. 4/1981 e caratterizzato da un controllo meno invasivo e costante del *Congreso de los Diputados*, con l'emanazione del *Real Decreto* 463/2020. Tuttavia, con sentenza n. 148/2021, del 14 luglio 2021, il *Tribunal Constitucional* ha dichiarato il *Real Decreto* 463/2020 incostituzionale e nullo. Il nodo centrale del ragionamento dei giudici ruota intorno all'intensità delle limitazioni imposte ai diritti fondamentali dalle misure disposte con la dichiarazione di *estado de alarma*, e quindi, alle conseguenze dei provvedimenti emergenziali sull'esercizio delle libertà e dei

diritti garantiti dalla Costituzione. In particolare, le restrizioni alla libertà di circolazione finivano per tradursi in una (illegittima) sospensione dell'esercizio di quel diritto, ammessa esclusivamente nei casi di *estado de excepción* e di *estado de sitio*, in ragione delle più ampie garanzie rappresentate da un controllo penetrante del Parlamento. In casi come questo, nonostante il ricorso al *estado de alarma* appaia, perlomeno astrattamente, adeguato allo scopo, poiché adatto a reagire a emergenze *naturali*, nei fatti, è necessario scegliere lo stato di eccezione in base alle conseguenze sui diritti fondamentali.

Le motivazioni della sentenza n. 148/2021 vengono interamente recepite dalla successiva pronuncia n. 183/2021, del 27 ottobre, che, da un lato, ritiene conformi al *blocco costituzionale* le misure limitative delle libertà di circolazione e di riunione, escludendo che comportino una (illegittima) sospensione, dall'altro, dichiara l'incostituzionalità e la nullità della proroga di *estado de alarma*, giacché non consente di sottoporre l'operato politico del Governo ad un controllo parlamentare periodico.

L'analisi svolta mostra chiaramente quanto una disciplina costituzionale dell'emergenza, che offra *copertura*, a condizioni ed entro limiti puntualmente definiti, agli interventi urgenti in forma non legislativa che comportano pericolose compressioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, non solo è più idonea a prevenire il pericolo di abusi ma è anche più efficace nel garantire un sindacato pieno sugli atti emergenziali che esulino da quei limiti⁸⁶. A tal proposito, in Italia, nella XVIII Legislatura è stata presentata, il 13 gennaio 2022, una proposta di legge costituzionale recante *Modifiche all'articolo 78 della Costituzione e altre disposizioni in materia di dichiarazione e disciplina dello stato di emergenza nazionale*, che attribuisce copertura costituzionale alla prassi normativa della

⁸⁶ Tra i sostenitori di una disciplina costituzionale dell'emergenza è possibile ricordare A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., p. 206; S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, paper 24 marzo 2020, p. 6.

Sulla necessità di predisporre al più presto un'adeguata disciplina dei regolamenti della Camera e del Senato che consenta alle Assemblee di affiancare il Governo nel compito di direzione politica reso ancora più oneroso nei contesti emergenziali, si vedano, tra gli altri, S. Ceccanti, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 17 marzo 2020; S. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereati mundus?*, in *la Costituzione.info*, 11 marzo 2020; Id., *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, 16 marzo 2020, *ivi*; P. Pasquino, *Il corona virus contro il Parlamento*, *ivi*, 17 marzo 2020; C. Fusaro, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *Progresso Europa Riforme*, *ivi*, 18 marzo 2020; M. Adinolfi, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, *ivi*, 19 marzo 2020.

gestione della pandemia Covid-19⁸⁷. Il testo in preparazione modifica l'art. 78 Cost. nella parte in cui attribuisce alle Camere il potere di confermare, con deliberazione adottata a maggioranza dei due terzi dei presenti, entro cinque giorni, lo stato di emergenza nazionale dichiarato dal Governo con decreto-legge. Inoltre, una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera disciplinerà lo stato di emergenza nel rispetto dei principi indicati da una legge costituzionale, che avrà il compito di definire: a) i presupposti e le modalità di dichiarazione dello stato di emergenza nazionale; b) la conferma e la durata dello stato di emergenza nazionale e le eventuali proroghe; c) le procedure di contestazione.

La formulazione normativa non brilla per chiarezza e linearità. Tuttavia, da un primo esame emerge la volontà politica, da un lato, di affidare la gestione dell'emergenza al decreto-legge per garantire una risposta repentina ad una situazione, per sua natura, imprevista e imprevedibile, dall'altro, di mantenere un controllo costante del Parlamento sull'operato dell'esecutivo per evitare pericolose compressioni dei diritti e delle libertà dei cittadini. Una legge costituzionale di futura emanazione dovrà indicare i principi fondamentali della disciplina dell'emergenza sul modello della legge organica spagnola.

La proposta di legge in discussione suscita, invero, alcuni dubbi: al di là della formulazione normativa poco chiara, ciò che lascia perplessi è la mancata individuazione e classificazione delle varie ipotesi di emergenza al pari della CE che, come si è visto, distingue gli stati emergenziali a seconda del livello di gravità dell'evento imprevisto, demandando alla legge organica la regolamentazione puntuale del contenuto, dei presupposti, delle competenze, delle limitazioni e dei procedimenti. Questa lacuna, da un lato, potrebbe rendere del tutto inefficace il – pur lodevole – tentativo di imbastire una disciplina costituzionale dell'emergenza, per evitare il ripetersi di gestioni analoghe a quelle della pandemia Covid-19, dall'altro, finirebbe con il generare una rottura dell'equilibrio di sistema desumibile dall'art. 77 Cost., che attribuisce al Governo il compito di individuare quei «casi di straordinaria necessità e di urgenza» da fronteggiare nell'immediato con decreto-legge e alle Camere quello di controllare la legittimità dell'operato dell'esecutivo. Vero è che il decreto-legge non sembra più offrire quelle garanzie iniziali se solo si considera l'uso che ne è stato fatto negli ultimi anni, per nulla

⁸⁷ Per un'analisi fortemente critica della riforma costituzionale in preparazione, si veda R. Manfrellotti, *Introduzione*, in C. Capolupo e R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 8.

contenuto entro i confini della gestione di eventi prettamente emergenziali. Tuttavia, non può tacersi il pericolo che una riforma costituzionale dell'emergenza in cui manchi l'individuazione degli stati emergenziali e che marginalizzi il ruolo del decreto-legge, non sia idonea ad evitare il pericolo di abusi nella garanzia dei diritti fondamentali anche nelle situazioni di grave crisi.

Abstract: La storia più recente ha dimostrato che le più gravi violazioni dei diritti umani tendono a verificarsi nei contesti emergenziali, avverando l'affermazione che la Commissione di Venezia aveva reso, quasi profeticamente, in occasione della pubblicazione del rapporto sui poteri di emergenza risalente al 1995. Per contenere il rischio, le Carte costituzionali hanno iniziato a *costituzionalizzare* l'emergenza, ovvero a sottoporre l'esercizio dei poteri di emergenza a limiti sostanziali, con particolare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e alla predisposizione delle garanzie che devono sussistere anche nelle situazioni di crisi.

Assumendo come prospettiva di osservazione l'Italia e la Spagna, il contributo che si svilupperà nelle pagine seguenti intende verificare se una disciplina costituzionale puntuale dell'emergenza si sia mostrata più idonea ad evitare il pericolo di abusi e di gravi compressioni dei diritti fondamentali causate dalle misure adottate allo scopo di contenere il contagio e superare la crisi.

Abstract: More recent history has shown that the most serious human rights violations tend to occur in emergency contexts, fulfilling the statement that the Venice Commission made, almost prophetically, when it published its report on emergency powers dating back to 1995.

To contain the risk, constitutional charters have begun to *constitutionalize* the emergency, that is, to subject the exercise of emergency powers to substantive limits, with reference to respect for fundamental rights and the provision of guarantees that must subsist even in crisis situations.

Taking Italy and Spain as the perspective of observation, the contribution that will be developed in the following pages intends to verify whether a punctual constitutional regulation of the emergency has been shown to be more suitable to avoid the danger of

abuses and serious compressions of fundamental rights caused by the measures adopted in order to contain the contagion and overcome the crisis.

Parole chiave: emergenza – poteri di emergenza – pandemia Covid-19 – diritti fondamentali – controllo di costituzionalità.

Key words: emergency – emergency powers – Covid-19 pandemic – fundamental rights – review by the constitutional judge.

IL DIRITTO *SOFT* NELL'ONDIVAGO EQUILIBRIO TRA APERTURE E CHIUSURE APPLICATIVE. EUROPA E STATI UNITI A CONFRONTO*.

di Veronica Caporrino**

Sommario. 1. Gli strumenti normativi *soft* e il principio di legalità nel panorama giuridico europeo. – 2. Il diritto *soft*, forme di *governance* e ordine sociale. – 3. La cultura legislativa europea e gli atti di *soft law*. – 4. Il ruolo della *soft law* nelle politiche occupazionali europee. – 5. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Staying safe from COVID-19 during winter*: vaghezze terminologie e conseguenze giuridiche. – 6. La *soft law* nella giurisprudenza delle Corti europee e della *US Supreme Court*. – 7. Conclusioni.

95

1. Gli strumenti normativi *soft* e il principio di legalità nel panorama giuridico europeo.

L'analisi che si intende svolgere si colloca nel più ampio e dissertato dibattito riguardante le differenziazioni tra *soft law* e *hard law*, dove la prima può essere definita come un insieme di norme che in linea di principio non sono giuridicamente vincolanti, ma che possono avere effetti pratici¹.

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatrice t.d., lett. b), di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. Martin, Dordrecht (a cura di), *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, European University Institute, 1994; l'a. definisce gli atti di *soft law* come "rules of conduct which in principle have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects". Si veda, J.E. Gersen e E.A. Posner, *Soft Law*, in *Stanford L. Rev.*, *Working Paper*, n. 213/2008. Gli aa. affermano che "soft law as a rule issued by a law-making authority that does not comply with constitutional and other formalities that are necessary for the rule to be legally binding". Cfr. K.C. Wellens e G.M. Borchardt, *'Soft Law in European Community Law'*, in *European Law Review*, n. 14/1989, p. 267 ss. Essi ritengono che "the rules of conduct that find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable through international responsibility) but which according to the intention of its authors indeed do possess legal scope, which has to be further defined in each case. Such rules do not have in common a uniform standard of intensity as far as their legal scope is concerned, but they do have in common that they are directed at (intention of the authors) and do have as effect (through international law), that the conduct of States, international organisations and individuals is influenced by these rules, however without containing international legal rights and obligations". Cfr., ancora sull'argomento, N. Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codification in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2010; A. Somma, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, p. 438, il quale ricomprende negli strumenti di *soft law* un diritto strutturalmente debole e fragile che può svolgere anche un effetto delegittimante nei confronti di regole precedentemente adottate in modo formale; F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di*

Il rapido sviluppo di tali strumenti alternativi alle fonti tradizionali è determinato dalla funzione positiva² cui essi assolvono. Pare che grazie al *soft law*, in una situazione di crisi della legalità nazionale e internazionale, si tenti di trovare delle mediazioni di natura giuridica, seppur attenuate, che allestiscono sullo scenario giuridico soluzioni flessibili e dinamiche³.

La sovranità, intesa come “potere di decidere sullo stato di eccezione”⁴, come monopolio nell’uso in ultima istanza della forza legittima, quale elemento fondante della legittimazione dello Stato nazionale, appare oramai posta in crisi dal fenomeno della globalizzazione. Nel mercato globale, dunque, la giuridicità perde la configurazione rigida che era tipica della tradizione positivista: “si produce così un variegato repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità, asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con l’estensione del raggio d’azione delle relazioni economiche. Questa giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattivo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato”⁵. Va, però, detto con convinzione che “il ‘buon diritto’ non è quello che si pone all’esclusivo o prevalente

autoregolamentazione, in *Politica e diritto*, n. 4/2001, p. 543 ss., il quale sostiene che gli atti di *soft law* possono essere il prodotto di una volontà normativa di un soggetto pubblico che non si è formata correttamente o che non ha concluso il suo procedimento di formazione ovvero può essere frutto di una dialettica tra formazione pubblica e autoregolamentazione. Per un’analisi più recente, v. V. Jacometti, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law. Profili di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2022; G. Martinico, *Comparazione giuridica e forme di produzione normativa nel pensiero di Alessandro Pizzorusso*, in *DPCE online*, 2021; P. Sirena, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2019, p. 609; T.E. Frosini, *Diritto comparato e diritto globale*, in M. Brutti e A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione*, Francoforte, Max Planck Institute, 2018, p. 207; Id., *Legislazione e comparazione*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, n. 1/2015, p. 67; l’a. collega alla globalizzazione l’affermarsi di “nuove e varie fonti del diritto come la *soft law* [...] frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli Stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto”.

² G.C. Shaffer e M.A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, in *Legal Studies Research*, Paper Series, 2000, 9. Gli aa. affermano che “states that are genuinely uncertain of their interests in a given issue area may prefer to avoid hard-law commitments that will be difficult to change at a later time, preferring the flexibility of soft-law instruments instead”.

³ F. Beveridge e S. Nott, “*A hard look at soft law*”, in P. Craig e C. Harlow, (a cura di), *Law making in the European Union*, London, Kluwer Law International, 1998, p. 290.

⁴ V., sul punto, C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, (1922), Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 43. Egli sostiene che “Lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo [*analoge Bedeutung*] a quello del miracolo per la teologia. Solo con la consapevolezza di questa posizione analogica [*analoge Stellung*] si può comprendere lo sviluppo subito dalle idee della filosofia dello Stato negli ultimi secoli”. Cfr., sull’argomento, G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 121, il quale sostiene che “doppia eccezione dello stato di eccezione come una ‘soglia di indifferenza’, perché la distinzione tra diritto e fatto è appunto originata dalla costituzione del normativo, ed è posteriore al gesto che la istituisce”.

⁵ Così puntualmente, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 91.

servizio delle ragioni economiche ma quello che sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercantilizzazione della società»⁶. Con tali convinzioni si analizzerà la concreta portata degli atti normativi *soft* nel campo della tutela dei diritti fondamentali e, seguendo l'impostazione metodologica della comparazione, saranno evidenziate le analogie e le differenze tra gli ordinamenti giuridici considerati, al fine di appurare l'incisività di tali strumenti in termini di effettività di tutela. Come noto, l'utilizzo del metodo comparativo, nel rispetto della sua naturale vocazione a far emergere i particolari di ogni singolo ordinamento considerato – al fine di poter procedere all'individuazione delle somiglianze e delle differenze –, si estrinseca mediante l'analisi di categorie edificate secondo un approccio induttivo, muovendo dall'osservazione dei congegni giuridici nel loro concreto atteggiarsi⁷.

In tale direzione, si tenterà di valutare il grado di protezione allestito dai Principi delle Nazioni Unite su *Business and Human Rights* (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights* – UNGPs), strumenti *soft* di valutazione della responsabilità da parte delle imprese nel rispetto dei diritti umani, nell'ordinamento giuridico europeo e in quello statunitense. La scelta degli ordinamenti muove dalla consapevolezza di maneggiare norme appartenenti a Paesi nei quali il sistema di protezione dei diritti fondamentali si muove su due livelli, generando quella che è stata definita una “endemica tensione tra uniformità e diversità”⁸.

2. Il diritto *soft*, forme di *governance* e ordine sociale.

Il progredire dell'integrazione europea ha determinato un'accelerazione del processo di coordinamento delle legislazioni degli Stati membri. L'esigenza di una regolamentazione uniforme ha evidenziato la necessità di risolvere il conflitto tra l'unicità del mercato e l'edificazione di un sistema giuridico e giudiziario quanto più possibile *omogeneo*, in relazione al pericolo rappresentato dalla coesistenza di sistemi eterogenei. Il superamento

⁶ C. Donisi, *Verso la «depatrimonializzazione del diritto privato»*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 683 ss.

⁷ In tal senso, v. M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti e A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, cit., p. 70.

⁸ E. Stein, *Uniformity and Diversity in a Divided-Power system: The United States' Experience*, in *Thoughts from a Bridge. A Retrospective Writings on New Europe and American Federalism*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000, p. 311.

della statualità e della territorialità⁹ spesso viene fatto coincidere con un'attenuazione del carattere politico dell'ordine europeo.

Il processo di evoluzione del capitalismo è giunto ad una fase in cui la forza speculativa spinge le dinamiche di sviluppo oltre gli ambiti locali, con conseguenti perdite di valore per un patrimonio sociale fondato sulle differenze etniche, culturali, religiose e politiche. La vita del cittadino cambia e diventa parte di un sistema in cui le regole giuridiche non hanno più un'origine politico-istituzionale e non sono più espressione di una volontà popolare ben definita, alimentata da spazi di partecipazione democratica e di autodeterminazione degli individui. La battaglia da combattere, pertanto, non sembra tanto quella competitiva dei sistemi giuridici¹⁰, nella quale cercare e trovare la migliore regola possibile, quanto quella del bilanciamento dei poteri a livello internazionale dovuto ad un accordo *blindato* fra Stati, che riassumano così il proprio ruolo in nome dei principi su cui fondano la propria legittimazione¹¹. In tale direzione si è ritenuto che una possibile soluzione potesse essere rappresentata da una nuova forma di governo: la *governance* globale¹².

Il concetto di *global governance*¹³ comprende tutte quelle norme introdotte da accordi bilaterali e multilaterali posti in essere a vari livelli, locale, nazionale e internazionale, al fine di regolamentare i flussi economici che si realizzano sul mercato mondiale. Essa richiede un forte impegno per una democrazia fondata sulla società civile.

Ne discende che il diritto è lo specchio della società che cattura nelle sue manifestazioni l'ordine sociale¹⁴; pertanto, lo Stato di diritto si collega ad un modello di democrazia che si realizza attraverso il ricorso ai principi di legalità e certezza del diritto¹⁵ al fine di

⁹ Sull'argomento, v. N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 78, "La tradizione conosceva soltanto lo spazio statale, individuato dai confini e così distinto da altri spazi statuali. [...] Ma, poiché la sovranità di taluni Stati si è auto-limitata, e date materie sono state deferite a fonti di comune diritto, ecco slargarsi uno spazio giuridico sovra-nazionale".

¹⁰ A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

¹¹ J. Scott e D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 8/2002, p. 1 ss.

¹² M. Zürn, *Global Governance*, in G.F. Schuppert (a cura di), *Governance-Forschung*, Baden-Baden, Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005.

¹³ J.N. Rosenau e E.O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

¹⁴ B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Cfr., sul punto, P. Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011, p. 7, che nel definire la dimensione essenziale del diritto parla di carnalità per il fatto che il diritto è scritto sulla pelle degli uomini.

¹⁵ Il principio della certezza del diritto rientra fra i principi generali dell'ordinamento europeo. Il proliferare delle norme, il loro continuo (e a volte disordinato) formarsi ed integrarsi rischia di creare una crisi di credibilità nelle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico. La certezza delle norme è la garanzia che effettivamente i destinatari si comporteranno in base ad esse. Occorre, dunque, che la norma sia chiara, conosciuta e coerente e la sua applicazione prevedibile per gli amministratori. È opinione ricorrente che essa

costruire un ordine basato su una tradizione liberal-costituzionale¹⁶ caratterizzata dalla centralità della legge, dall'indipendenza dei giudici e dalla prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni individuali.

3. La cultura legislativa europea e gli atti di *soft law*.

Le considerazioni svolte rappresentano la base giuridica da cui partire al fine di verificare, in una prospettiva *de iure condito*, le relazioni che esistono tra *soft* e *hard law*.

Nel tentare di individuare le ragioni che risiedono nell'utilizzo di strumenti di produzione normativa *soft*, va detto che “the concept of soft law may be used to embrace those features of a mature legal system which give that system its flexibility and dynamic character. The extensive use of soft law can be seen as a reaction to the need for a more flexible regulatory system. Other legal measures have proven to be inadequate to meet the challenges in a market developing at immense speed”¹⁷. Si assiste, così, ad una fase nella quale le tradizionali fonti di produzione normativa e le inflessibili procedure decisionali, non sono in grado di ottemperare in maniera adeguata alle esigenze richieste dalla società contemporanea, aperta e in continuo divenire, sempre più esposta alla libera azione delle forze del mercato globale, sia per quanto concerne il profilo della qualità legislativa sia per ciò che riguarda la rapidità dell'elaborazione normativa. A riguardo sono emblematiche le conclusioni dell'Avvocato Generale VerLoren van Themaat, formulate nel caso *Loiret and Haentjes*¹⁸ il quale afferma(va) che “very soon the lawyer will get the impression of having descended into a labyrinth”.

Non si può tacere che gli strumenti di *soft law* rappresentano una alternativa alla regolamentazione tradizionale in un contesto nel quale l'Unione europea assume sempre

consista nella determinazione precisa, per quanto sia possibile, degli effetti che l'ordinamento giuridico imputa ad un dato comportamento, affinché il cittadino possa conoscere in anticipo le conseguenze della propria azione, così, F. Viola e M. Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, Giappichelli, 1990.

¹⁶ Sul punto, v. P. Calamandrei, *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)* (1945), ora in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, III, Napoli, ESI, 1968, p. 132 s. Cfr. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 48.

¹⁷ F. Beveridge e S. Nott, “A hard look at soft law”, in P. Craig e C. Harlow (a cura di), *Law making in the European Union*, London, Klumer, 1998, p. 290.

¹⁸ Corte giust., 28 ottobre 1982, cause riunite C-292-293/81, Société Jean Lion et Cie, Société Loiret & Haentjens SA c. Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS), in Racc. 1982, p. 3887.

più le fattezze di uno Stato sociale di diritto, rispettoso dei diritti fondamentali¹⁹.

In tale direzione, l'Unione europea ha sviluppato una politica di regolamentazione, che pone l'accento sull'uso di strumenti alternativi *soft*, il Libro Bianco sulla *governance* europea ne rappresenta l'esempio paradigmatico, o su strumenti complementari alla normativa tradizionale, definendo in tal modo una nuova cultura legislativa europea²⁰.

Ai fini di una verifica di quanto sin qui detto, si riporta a titolo meramente esemplificativo il Libro Bianco della Commissione europea pubblicato nel 2001, *La governance europea*²¹, al fine di chiarire la posizione assunta dall'Unione in merito alle nuove possibilità di sviluppo economico e umano offerte dalla globalizzazione. Esso muove dal *paradosso* politico europeo che vede i cittadini, da un lato, chiedere alle istituzioni di risolvere i grandi problemi della società nella quale essi vivono e, dall'altro, nutrire sempre minore fiducia nelle istituzioni e nelle politiche che esse adottano. Muovendo dalla considerazione che i cittadini "non credono più che un sistema complesso riesca a conseguire ciò che essi desiderano"²², il legislatore europeo ha adottato un modello di *governance* ispirato ai

¹⁹ Per anni uno degli aspetti più controversi del processo di integrazione europea è stato quello derivante dall'assenza di disposizioni volte a tutelare, a livello europeo, i diritti inviolabili dell'uomo. I Trattati comunitari non prevedevano nulla a tal proposito, tant'è che la Corte di giustizia si è ripetutamente pronunciata competente ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato stesso ma non era mai andata oltre i limiti che le erano posti dall'ordinamento di appartenenza. La grave lacuna esistente fu parzialmente colmata dalla Corte di giustizia con la sentenza Stauder, nella quale affermò l'esigenza che «la tutela dei diritti fondamentali costituisca parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce l'osservanza». V. Corte giust., 12 novembre 1969, causa C-29/69, Stauder, in Racc. 1969, p. 419 ss.; v., in termini più ampi, G. Tesaurò, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, 2, p. 426 ss.; F. Zampini, *La Cour de justice des Communautés européennes gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire"*, in *Revue droit européen*, n. 35/1999, p. 659 ss. Successivamente, la Corte ha tenuto sempre più in considerazione i diritti fondamentali quali risultano dalle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri; v. sul punto, Corte giust., 14 maggio 1974, causa C-4/73, Nold c. Commissione delle Comunità europee, in Racc. 1974, p. 491, punto 13. In tale occasione la Corte ha affermato che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza e che la Corte stessa, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. V. N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 91, il quale sostiene che le costituzioni europee rispettano, restituendone la dignità, i diritti fondamentali; non soltanto a quelli espressamente garantiti ma anche a quelli riconosciuti dalle Carte e come tali ritenuti preesistenti allo Stato.

²⁰ Si veda il Report su *Implementation of the Commission's work programme for 1996*, European Commission, Bruxelles, 16 October 1996, p. 10.

²¹ Libro Bianco, *La governance europea*, COM (2001) 428 def., Bruxelles 5 agosto 2001. Per la dottrina, v. R. Mayntz, *The State and Civil Society in Modern Governance*, in www.clad.org.ve/anales6/mayntz.html; A. Gatto, *The Law and Governance debate in the European Union*, Ginevra, International Institute for Labour Studies, 2006, laddove si legge "governance indicates a new mode of government where state and non-state institutions, public and private actors participate and often cooperate in the formulation and implementation of public policy. The developments in the field of governance, indeed, indicate an erosion of territorial, nation-state centred political governance and nation-state constitutionalism".

²² «I cittadini non si sentono necessariamente meno europei. Essi si aspettano, anzi, che vengano attuate azioni in tutta l'Europa in numerosi settori, ma non credono più che un sistema complesso riesca a conseguire ciò che essi desiderano»; così Libro Bianco, *La governance europea*, cit.

principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza, posti a sostegno dei fondamentali principi di proporzionalità²³ e di sussidiarietà²⁴. L'obiettivo dichiarato del Libro Bianco è l'integrazione dei popoli europei nel rispetto delle identità nazionali²⁵, in base al metodo comunitario di garantire un trattamento equo ed un contemperamento dei differenti interessi in gioco. Il documento ipotizza un'Europa *concreta*, dove la *governance* si esplica su più livelli, vale a dire, attingendo alle capacità e alle competenze che ciascuna delle parti interessate è in grado di fornire per partecipare al successo globale del sistema europeo. La *governance* è una forma di gestione in cui i gruppi o i singoli individui provenienti da varie istituzioni, organizzazioni, organi e imprese, a vari livelli collaborano in rete, nel quadro di un partenariato pubblico e privato. Per far ciò occorre che un primo processo di riforma, ispirata alle nozioni di flessibilità e differenziazione²⁶, maturi

²³ Il principio di proporzionalità, pur dotato di radici profonde nella nostra cultura giuridica, esprime in termini nuovi la forza modellatrice degli assetti di interessi, in direzione di un equilibrio sostanziale e dinamico delle posizioni giuridiche soggettive e in stretta osservanza dei valori caratterizzanti l'ordinamento. Sul punto, per un ampio approfondimento dottrinale e per un'analisi applicativa del principio, si rinvia alle acute osservazioni di F. Casucci, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto comunitario*, Napoli, ESI, 2004, *passim*. Cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, n. 3/1993, p. 840; E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

²⁴ Per un'analisi dei profili costituzionali del principio, v. G. Vittadini, *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, Giuffrè, 1998; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, p. 51 ss.; M. Cammelli, *Il principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni regionali*, 2002, p. 453 ss.; A. D'Andrea, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, n. 2/2000, p. 227 ss.; G.U. Rescigno, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, p. 5 ss.

²⁵ Sul punto, v. Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063. In tale pronuncia si afferma che la legge di esecuzione del Trattato può essere soggetta al sindacato di legittimità «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana». Per la giurisprudenza straniera, v. BVerfG, 29 maggio 1974 (Solange I), in BVerfGE, 37, p. 271. «Sino a quando la Comunità non si doterà di una enunciazione codificata dei diritti fondamentali votata da un Parlamento e corrispondente all'enunciazione contenuta in Costituzione, si deve considerare necessario il rinvio alla Corte costituzionale per verificare la rispondenza della normativa comunitaria ai diritti fondamentali del Grundgesetz». Si veda ancora BVerfG, 30 giugno 2009, in www.Bundesverfassungsgericht.de. La Corte costituzionale tedesca dichiara l'incostituzionalità di una delle due leggi costituzionali di adattamento al Trattato di Lisbona, reputando incompatibile con l'identità nazionale la restrizione dei poteri di una camera del parlamento. L'apertura verso l'integrazione europea «non pretende né una subordinazione sottratta ai limiti e al controllo del diritto costituzionale, né una rinuncia alla propria identità». Per la giurisprudenza francese, si veda, Corte cost., 27 luglio 2006, n. 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr. Con tale pronuncia si allarga l'estensione dell'argine costituzionale alla penetrazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento interno: non soltanto la sospetta contrarietà ad una o più disposizioni espresse e specifiche della Costituzione porterebbe ad un accertamento della costituzionalità della normativa di trasposizione, ma lo stesso esito sarebbe determinato da un contrasto di quest'ultima con qualsiasi regola o principio «inherent à l'identité constitutionnelle de la France» (considérant 19).

²⁶ Così, L. Senden, *Soft law, self-regulation and co-regulation in the European Law: Where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, n. 9/2005, p. 10. «Governing sub lege does not only mean governing on the basis of the law, that there is a competence-conferring legal basis (the principle of legality), it also means governing within the boundaries of the law, that is in conformity with certain principles on which a constitutional state is based and which indicate the limits to the power to be exercised, with a view

all'interno della coscienza sociale europea, al fine di dare attuazione ai cambiamenti internazionali con spirito di originalità. L'emanazione del Libro Bianco, nell'evidenziare la necessità di mettere a punto un quadro regolamentare in grado di governare i processi evolutivi, aperti, pluralistici, costituisce la "verifica", in termini applicativi, dell'utilizzo della normativa *soft* da parte dell'Unione europea che conferma come i meccanismi giuridici si plasmano di volta in volta in relazione agli obiettivi da perseguire.

4. Il ruolo della *soft law* nelle politiche occupazionali europee.

L'interazione, in ambito europeo, degli strumenti di *hard law* e di *soft law* trova il suo esempio paradigmatico nella politica occupazionale, che seppur in maniera indiretta coinvolge i diritti fondamentali. In tale ambito, l'arricchimento del quadro delle fonti non si risolve in un mero dato numerico, ma palesa l'accoglimento di una prospettiva pluralistica. Il diritto del lavoro, infatti, vive di una dimensione di pluralismo regolativo ed istituzionale, di un sistema di *governance* multilivello. Il pluralismo delle fonti si coniuga con la diversità delle tecniche regolamentative adottate ai diversi livelli, che mutano a seconda delle competenze delle istituzioni coinvolte, delle finalità della normazione e di conseguenza del bilanciamento di interessi da realizzare. Si auspica, pertanto, una regolamentazione comune, la quale dovrebbe scaturire dalla condivisione degli obiettivi che sono il portato finale di sofisticate tecniche di mediazione. In tale direzione, l'utilizzo di tecniche *soft*²⁷ palesa l'accoglimento di una prospettiva non già di *government*, bensì di *governance*. Il confine fra le diverse tecniche di regolamentazione non è sempre ben definito e frequenti sono le ipotesi di "ibridazione"²⁸.

Di là dagli astratti dogmatismi, va detto che per quanto concerne le politiche occupazionali, l'esigenza di stabilità *versus* flessibilità, destreggiandosi tra spinte neoliberiste della deregolamentazione del mercato del lavoro e difesa dei principi del modello sociale

to ensuring the freedom and liberty of citizens. Governing per lege means that power should be exercised through the adoption of laws, inter alia with a view to ensuring legal certainty and equality".

²⁷ D.L. Shelton, *Soft law*, in *Public Law and Legal Theory*, Paper n. 322/2008; l'a. sostiene che "Soft law is used because social policy and welfare standards are particularly critical to governments and traditionally the exclusive domain of national legislatures. States are very reluctant to turn over competence in these matters, especially where there is no pre-existing formula or agreed standards. The EU cannot insist on uniform measures but must ensure easy and rapid revisability of norms and objectives. The first five years of program showed a convergence towards the common EU objectives in the policy guidelines".

²⁸ D.M. Trubek, P. Cottrell e M. Nance, "Soft Law," "Hard Law," and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, in *Legal Studies Research*, Paper n. 1002/2005.

europeo, mira a contemperare l'esigenza delle imprese di adattarsi alle trasformazioni economiche, garantendo ai lavoratori una "ragionevole sicurezza [...] ritenuta essenziale per il benessere dei singoli e per la coesione sociale"²⁹.

Il primo significativo momento di transito della politica occupazionale (artt. 145 ss. Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) verso l'uso di forme e metodi di regolazione alternativi al modello tradizionale dell'armonizzazione è rappresentato dalle raccomandazioni del Consiglio n. 92/441 e n. 92/442³⁰. Esse hanno ad oggetto la convergenza degli obiettivi e delle politiche di protezione sociale e hanno inaugurato la nuova stagione dell'avvicinamento, mediante la normativa *soft*, dei sistemi nazionali di protezione sociale. La strategia della convergenza si basa su di un approccio flessibile³¹ caratterizzato dall'uso combinato di strumenti *soft* e dallo scambio di informazioni e di *know how* sociale tra gli Stati membri al fine di promuovere obiettivi condivisi.

La ricerca di una strumentazione politico-istituzionale alternativa all'armonizzazione arriva ad un punto di svolta con la positivizzazione della Strategia Europea dell'occupazione (SEO)³² e del coordinamento aperto delle politiche nazionali del lavoro³³. Nell'ambito del Consiglio Europeo di Lisbona, tenutosi nel marzo 2000, è stato introdotto, ai fini del raggiungimento del c.d. obiettivo strategico quale nuovo strumento generale di *governance* sociale³⁴, il metodo aperto di coordinamento (MAC – *Open Method of Co-*

²⁹ Così, J. Kenner, *The EU Employment Title and the «Third Way»: Making Soft Law Work?*, in *International Journal of Comparative Labour Law*, 1999, p. 33.

³⁰ Raccomandazione del Consiglio del 24 giugno 1992 in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale, in GU 26 agosto 1992, n. L 245, p. 46; Raccomandazione del Consiglio del 27 luglio 1992, relativa alla convergenza degli obiettivi e delle politiche della protezione sociale, *ivi*, p. 49.

³¹ S. Sciarra, *Social values and the multiple sources of European social law*, in *European Law Journal*, n. 1/1995, p. 60.

³² La SEO utilizza il *benchmarking* e la *paper review*. Il primo, letteralmente comparazione formalizzata, consiste nella valutazione dei risultati alla luce di parametri comuni e permette alle parti sociali di utilizzare in maniera strategica i parametri oggetto del *benchmarking* al fine di trarre vantaggio nei processi negoziali. La seconda consiste in una valutazione dettagliata dei risultati ottenuti dai soggetti interessati. Tali strumenti, nonostante siano atti di *soft law* producono effetti giuridici, dando luogo a una forma di convergenza. Pertanto, si può affermare che la SEO ha individuato un metodo di intervento che non parte dall'alto per imporre agli Stati membri determinati obblighi, ma si fonda su un circolo virtuoso mediante il quale le informazioni derivanti dalle analisi delle politiche adottate dagli Stati membri vengono veicolate a livello europeo, divenendo elemento fondante delle indicazioni del Consiglio circa le politiche nazionali da seguire. Così, E. Ales, *Lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination: prime riflessioni (2000-2002)*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 18.

³³ S.B. Caruso, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3/2000, p. 143, il quale evidenzia la differenza tra armonizzazione e coordinamento. La prima implica la convergenza degli ordinamenti giuridici; il coordinamento ha ad oggetto le politiche nazionali.

³⁴ Per un'analisi normativa sul punto, v. Libro Bianco, *Crescita, competitività, occupazione*, Bruxelles, 1993, p. 61. Il miglioramento del livello dell'occupazione nell'Unione impone alle imprese il conseguimento di una

ordination – OMC)³⁵. Il MAC, strumento di *soft law*³⁶ – come si legge nel paragrafo 37 delle conclusioni del Consiglio Europeo di Lisbona –, implica la definizione di orientamenti comuni europei, nonché di un calendario di azioni per la realizzazione di obiettivi prestabiliti, basandosi, qualora necessario, su indicatori e parametri di comparazione. Esso prevede un’ampia partecipazione al procedimento di formazione delle regole ma allo stesso tempo è incapace di imporre comportamenti e di sanzionare il mancato rispetto degli impegni assunti³⁷.

Quanto osservato costituisce la prova che, pur avendo posto in essere una modalità *soft* per affrontare la questione della regolazione sociale³⁸, pare essa non sia tale nel perseguire gli obiettivi prefissati; anzi sembra un’occasione nella quale al posto della normativa *hard* – adatta al perseguimento di un’armonizzazione normativa –, la normativa *soft* l’abbia addirittura soppiantata.

5. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Staying safe from COVID-19 during winter: vaghezze terminologie e conseguenze giuridiche.*

Per intendere più compiutamente il tema oggetto di analisi appare importante indagare anche quelle situazioni nelle quali l’utilizzo della normativa *soft*, da parte del legislatore europeo, pare non persegua appieno l’obiettivo principale di protezione dei diritti

competitività globale sui mercati aperti e concorrenziali, siano essi europei o mondiali. I poteri pubblici nazionali e europei hanno la responsabilità di creare un contesto favorevole per l’industria, di fornirle le prospettive chiare e prevedibili e di favorire lo sviluppo della sua competitività a livello internazionale. Si veda, altresì, Libro Verde, Sull’innovazione, Lussemburgo, 1996, p. 36; nonché, con un taglio più marcato sulle politiche sociali, v. COM (2000) 78 def., Politiche della Comunità a sostegno dell’occupazione, Bruxelles, 1° marzo 2000.

³⁵ Si veda per un’analisi dettagliata sull’argomento, D.M. Trubek e G.L. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *European Law Journal*, 2005, 11, p. 343 ss.; J. Scott e D. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, cit., i quali definiscono il MAC come un “New Modes of Governance”. Per la normativa di diritto dell’Unione europea v. Regolamento della Commissione del 14 marzo 2011, n. 249 che adotta le specifiche del modulo ad hoc 2012 sul passaggio dal lavoro alla pensione di cui al regolamento (CE) n. 577/98 del Consiglio, in GU 15 marzo 2011, n. L67, p. 1.

³⁶ Così D.M. Trubek e J. Mosher, *New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model*, in J. Zeitlin (a cura di), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 33.

³⁷ Così, P.G. Monateri e A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 193.

³⁸ Vedi A. Lo Faro e A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti fondamentali o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 108/2005, p. 514.

fondamentali.

L'emergenza virale che ha intaccato, per quasi tre anni le fondamenta del sistema sociale ed economico, sul quale si fonda la democrazia occidentale, non soltanto ha prodotto reazioni diverse ma ha anche fornito risposte non univoche alla forte richiesta di "domanda di salute".

Se è vero che *diritto dell'individuo e benessere dei popoli*, solidarizzano nello specchio del diritto europeo (art. 3 TUE) e dei diritti nazionali, non si può tacere che in questo caso il *connubio normativo* ha manifestato i suoi limiti, perseguendo un bilanciamento claudicante. Tali limiti hanno prodotto crisi di ogni genere. Tralasciando quelle di natura sanitaria ed economica, si evidenzia qui l'esistenza di una normazione senza *corona*, per contrastare l'epidemia causata dal *Corona-virus*. L'attività normativa delle istituzioni europee e nazionali ha posto in essere un diritto composto da Linee guida³⁹, Indicazioni operative⁴⁰, DPCM⁴¹ che pare rappresentino la congerie giuridica al quale il legislatore, europeo e nazionale, è avvezzo.

Con riferimento agli atti europei si cita, a titolo esemplificativo, la Comunicazione Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo *Staying safe from COVID-19 during winter*⁴² del 2 dicembre 2020. In tale atto la Commissione tenta di ribadire la linea di difesa contro il COVID-19, già contenuta in tanti altri documenti *soft*, mediante un approccio vaporoso che è rinvenibile, non soltanto nella forma ma anche nella sostanza.

In tale documento, in più occasioni, è menzionata l'espressione «si consiglia» di tenere determinati comportamenti. Tale vaghezza terminologica si riflette sul piano giuridico e produce due ordini di conseguenze. La prima riguarda il diverso atteggiamento assunto dagli Stati membri nei confronti del *rispetto* di tali *consigli*. La seconda attiene al profilo discriminatorio/sanzionatorio che tale vaporosità produce; tutte questioni giuridiche di non poco conto. Siamo in presenza di un atto *soft* che mette alle strette il principio di legalità e nella sua vaporosità giuridica fa sì che la legittimazione democratica ceda il passo all'effettività, la quale, pur essendo una presenza stabile, mette ai margini la legalità⁴³.

³⁹ Si pensi a quelle in tema di responsabilità sanitaria.

⁴⁰ Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di SARS-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia.

⁴¹ Per un'analisi dettagliata sull'argomento, v. D. Trabucco, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, n. 2/2020. Ancora, sull'argomento, L. Bartolucci e L. Di Majo, *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁴² COM (2020) 786 def.

⁴³ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

Sembra che la tutela dei diritti fondamentali, quali il diritto alla salute, sia sotto-posta al rispetto di *inviti* e *consigli*, che seppur rientranti nelle vaghezze verbali, come l'utilizzo delle espressioni di «prossimità», «congiunti», e dunque, superabili con un salto di ultronea generosità interpretativa, lo stesso non può dirsi per le vaghezze sostanziali che ne derivano. Qui neanche la estrosa generosità giustificatoria sembra possa tenere. La prescrizione giuridica, monca dell'anello della legalità, potrebbe essere sottoposta a delle sanzioni precise.

L'indagine svolta in merito all'ordinamento giuridico europeo, che come noto in materia sanitaria prevede la definizione e l'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione per garantire un elevato livello di protezione della salute umana (art. 168, par. Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TfUE), riconosce in capo ai singoli Stati la responsabilità primaria per la tutela della salute e la conseguente emanazione da parte degli stessi di norme in materia. Non potendo illustrare tutte le norme emanate dai singoli Stati membri in materia, si richiama, anche per una ragione di appartenenza a chi scrive, l'ordinamento giuridico italiano. Qui, il d.l. n. 158/2020 introduce limitazioni alla libertà di circolazione ma non contiene norme sanzionatorie in merito alla violazione dei divieti e dei limiti in esso previsti. Nella consapevolezza della limitazione delle norme richiamate, si può affermare che dal confronto tra norme europee e norme nazionali emerge una differenza: nel diritto europeo la normativa *soft*, seppur con *inviti* e *consigli*, pare sia la via giuridica da percorrere per risolvere seri problemi epidemiologici; al contrario, nel diritto italiano la normativa *hard* prevede *limitazioni* e *divieti* ma non accompagnati da sanzioni in caso di violazione. In entrambi gli ordinamenti è tracciabile una analogia: il *connubio normativo* tra diritto alla salute e benessere della collettività, nelle sue manifestazioni *soft* e *hard*, percorre vie tortuose che rischiano di minare la funzione regolatrice e ordinatrice propria del diritto e di snaturarsi in uno scomposto e confuso diritto dell'emergenza.

6. La *soft law* nella giurisprudenza delle Corti europee e della *US Supreme Court*.

Seguendo l'impostazione metodologica delineata nel primo paragrafo si tenta di indagare in che modo la tutela dei diritti fondamentali si atteggia nel diritto europeo e nel diritto statunitense con riferimento ai UNGPs. La scelta di tali ordinamenti è corroborata dalla

circostanza che sia il sistema federale statunitense sia quello *multilevel* europeo, derivano da un processo di aggregazione di Stati preesistenti, ciascuno dei quali dotato di un proprio sistema di protezione dei diritti fondamentali.

L'acquisita consapevolezza che nello studio del diritto non è possibile procedere in astratto ma occorre valutare in concreto la reale incidenza degli strumenti giuridici, induce ad indagare, seguendo la traiettoria comparatistica, il modo nel quale gli strumenti *soft* trovano applicazione in altri ordinamenti giuridici, sempre con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Nello specifico, si analizzerà l'incidenza dei Principi delle Nazioni Unite su *Business and Human Rights (UN Guiding Principles on Business and Human Rights - UNGPs)*, quale strumento di valutazione della responsabilità da parte delle imprese del rispetto dei diritti umani, sia facendo riferimento alla giurisprudenza della *US Supreme Court* sia alle più recenti interpretazioni delle Corti europee⁴⁴. In tale direzione si segnala, altresì, la normativa emanata dal legislatore europeo in materia di dovuta diligenza e responsabilità delle imprese⁴⁵ e quella emanata dal legislatore francese, tedesco e norvegese⁴⁶.

Prima di addentrarci nella verifica dell'applicazione degli UNPGs, quale normativa *soft* da parte della *US Supreme Court*, è utile soffermarsi sulla rilevanza degli UNPGs. La responsabilità delle imprese per quanto concerne il rispetto dei diritti umani, oltre che da una serie di strumenti *soft*, è sancita dagli UNPGs che, rappresentano nel caso di specie, uno strumento che svolge funzioni di natura pre-legislativa, in quanto l'effettività e la necessità delle regole da essi prodotte costituiscono il fondamento della normativa *hard*. Tali Principi "richiedono" alle imprese di evitare violazioni di diritti umani.

La giurisprudenza della *US Supreme Court* nell'interpretare e applicare l'*Alien Tort Statute (ATS)*⁴⁷, conosciuto anche come *Alien Tort Claims Act*, ignora gli *standards* internazionali di responsabilità aziendale così come indicati negli UNPGs. Tale atteggiamento è ben evidente nel caso *Nestlé USA, Inc. v. Doe*⁴⁸, nel quale sei bambini schiavi del Mali ritengono di essere stati vittime di abusi dei diritti umani nelle piantagioni di cacao ivoriane.

⁴⁴ Per un'ampia analisi sull'argomento, v. E. Ciorcione, *The Role of Soft-Law in Adjudicating Corporate Human Rights Abuses: Interpreting the Alien Tort Statute in the Light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Papers*, n. 6/2021, p. 1236 ss.

⁴⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese - Doveri di diligenza e responsabilità delle imprese, in GUUE 24 novembre 2021, C 474, p. 11.

⁴⁶ Per una mappatura legislativa v. www.corporatejustice.org.

⁴⁷ 28 U.S. Code § 1350, Alien's action for tort.

⁴⁸ Supreme Court of the United States of 17 June 2021 n. 19-416 Nestlé USA, INC. v. Doe et al.

La richiesta di accertare l'esistenza di una responsabilità per violazione dei diritti umani da parte della Nestlé è stata respinta dalla *US Supreme Court* in quanto si è ritenuto si trattasse di abusi subiti al di fuori del territorio degli Stati Uniti d'America, elemento che costituisce, sempre secondo la Corte, una «impermissible extraterritorial application of the ATS».

La decisione in epigrafe conferma l'orientamento della Corte⁴⁹ a restringere il campo di applicazione dell'*Alien Tort Statute*⁵⁰, mettendo a repentaglio la possibilità di prevenire e punire la violazione dei diritti umani nell'ambito delle attività imprenditoriali, seppur sulla base dell'applicazione di una normativa *soft*. Ancora! Forse la *US Supreme Court* ha mancato, come evidenziato nel caso *Nestlé USA, INC. v Doe*, di proporre un'interpretazione evolutiva del proprio diritto interno facendo leva sugli UNPGs, quale fonte *soft* ma orientata al perseguimento di una tutela più ampia rispetto a quella accordata dall'*Alien Tort Statute*. In una direzione opposta si segnala la giurisprudenza delle Corti europee⁵¹, in particolare del Tribunale dell'Aja il quale utilizza gli UNPGs quale strumento interpretativo del diritto interno. Nel recente caso sui cambiamenti climatici⁵², contenuto nella sentenza *Milieudefensie and other associations against Royal Dutch Shell Plc (RDS)*⁵³, i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale dell'Aja di ordinare al Gruppo Shell di ridurre le emissioni di gas in linea con quanto contenuto negli Accordi di Parigi. I ricorrenti hanno fondato la loro azione sul presupposto che il Gruppo RDS abbia un obbligo derivante dallo standard di diligenza, così come disciplinato dal codice civile olandese, che deve essere interpretato alla luce non soltanto degli UNPGs ma anche di altri strumenti *soft*, quali gli *UN Global Compact* e le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁵⁴. Qui il Tribunale, a differenza della *US Supreme Court*, ha ritenuto opportuno far riferimento agli UNPGs, quale normativa *soft*, per interpretare la disposizione del codice civile

⁴⁹ US Supreme Court judgment of 17 April 2013 n. 10-1491 *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.*

⁵⁰ Per la dottrina sul punto, S. Deva e D. Birchall, *Research Handbook on Human Rights and Business*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 46.

⁵¹ Seppur con riferimento ad altra normativa *soft*, v. per la giurisprudenza delle Corti europee, UK Supreme Court judgment of 10 April 2019 *Vedanta Resources Plc and another v. Lungowe and others* [UKSC] 20; UK Supreme Court judgment of 12 February 2021, *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another* [UKSC]. Per la dottrina v. R. Meeran, *Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 255.

⁵² Per un'analisi sull'argomento dei cambiamenti climatici in un'ottica comparatistica, v. B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, n. 47/2021.

⁵³ The Hague District Court judgment of 26 May 2021 C/09/571932 *Vereniging Milieudefensie v. Royal Dutch Shell Plc*.

⁵⁴ In tale direzione, v. C. Macchi e J van Zeben, *Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, n. 30/2021, p. 409.

olandese in maniera evolutiva e offrire tutela a tutte quelle situazioni nelle quali sono riscontrabili violazione dei diritti umani da parte delle imprese⁵⁵. Tale interpretazione conferma l'attitudine dei giudici a tutelare i diritti umani, ambito nel quale la normativa *soft* sembra trovarsi a proprio agio.

Dalle considerazioni svolte emerge con chiarezza che tra il formante giurisprudenziale statunitense e il formante giurisprudenziale europeo vi è una differenza. Nonostante gli Stati Uniti d'America siano lo stato di origine di molte imprese multinazionali, essi sono ancora lontani dall'approntare una normativa analoga a quella europea⁵⁶ e anche la più recente giurisprudenza pare non lasci sperare in soluzioni migliori. Senza voler tentare di motivare l'inesistenza normativa è interessante valutare tale differenza partendo dall'approccio seguito dalle Corti. Il mancato riconoscimento della violazione di diritti umani, così come rinvenibile nel caso *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, da parte della *US Supreme Court* sulla base del requisito della territorialità, pare denoti la volontà della medesima a rispettare la «impermissible extraterritorial application of the ATS» e a omettere di valutare l'impatto che quella inammissibile applicazione extraterritoriale potrebbe causare in termini di (mancata) tutela di sei bambini del Mali, costretti a subire abusi da parte di una impresa multinazionale.

Non ci si spinge oltre; tuttavia, sarebbe auspicabile un ritorno al “governo delle leggi”⁵⁷ e a prendere sul serio i diritti⁵⁸, riconoscendone il carattere sovrastatale e, dunque, la necessità di tutelarli non soltanto all'interno degli Stati ma anche oltre di essi, sia pur sulla base di una normativa *soft*.

7. Conclusioni.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ci consente di affermare che l'identificazione dell'atto come *soft* o quale atto dotato dell'elemento della coercibilità non può essere rimesso all'utilizzo di un criterio meramente formale quale quello della denominazione; va privilegiato il criterio sostanziale e di validità; dunque, gerarchia e competenza, nonché

⁵⁵ Nella medesima direzione si veda Supreme Court of Canada, judgment of 28 February 2020 *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020, SCC 5, 72.

⁵⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, cit.

⁵⁷ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 23.

⁵⁸ R. Dowrkin, *I diritti presi sul serio*, Milano, Giuffrè, 2010.

generalità ed astrattezza. La questione riguarda il piano della legittimità. Ed invero, ciò che sta alla base delle critiche rivolte a tali strumenti alternativi, di produzione leggera e privata, è l'idea della loro carenza di democraticità. È evidente che il termine di confronto è costituito dalla legge, illuministicamente intesa come massima espressione del diritto e della volontà popolare. Se ne può dedurre che il dibattito intorno al *soft law* risenta di una distorsione di fondo, derivante da una commistione tra qualificazione e legittimazione.

Gli strumenti di regolazione *soft* devono poggiare su meccanismi procedurali che implicano e al tempo stesso alimentano trasparenza, partecipazione allargata e comunicazione tra i vari settori della società civile e tra questi e i centri di governo⁵⁹. Tutto ciò non soltanto è compatibile con, ma è richiesto dalla *rule of law*⁶⁰ se quest'ultima viene concepita come un processo di legalizzazione e non come un insieme di requisiti prefissati di caratteristiche istituzionali, che possa essere o meno rispettato. Questo però non basta!

È vero che l'atto *soft*, così come evidenziato in precedenza, può produrre effetti giuridici ma sorge un interrogativo: se continuiamo con tale *legislazione* non stiamo forse tradendo l'idea di una Europa secondo cui ogni diritto per attendersi obbedienza, deve essere democraticamente legittimato? Inoltre, nell'analisi della dicotomia tra strumenti normativi vincolanti e non, emerge che questi ultimi si affermano là dove la normazione *hard* fallisce⁶¹? La risposta ai due interrogativi potrebbe essere affermativa e troverebbe la sua giustificazione nella circostanza che gli atti in oggetto posseggono delle caratteristiche peculiari, quali la capacità di trovare soluzioni sperimentali, di regolare le materie in modo flessibile e rapido, e in modo corrispondente ai problemi da risolvere⁶². Questo, però, non sempre accade. Ad un'analisi più approfondita, la risposta affermativa ai quesiti proposti appare superficiale soprattutto con riferimento al secondo quesito. Infatti, non sempre la normativa *soft* trova applicazione laddove fallisce la normativa *hard*. Come visto, e seguendo la traiettoria comparatistica che ha messo in evidenza la differenza tra l'ordinamento giuridico europeo e l'ordinamento giuridico statunitense, sembrano esistere ipotesi nelle quali si evidenzia una mancata volontà ad applicare la normativa *soft* che, più

⁵⁹ E. Meidinger, *Multi-Interest Self-Governance Through Global Product Certification Programs*, in *Buffalo Legal Studies*, Research Paper Series, 2006, p. 16.

⁶⁰ Per uno studio dettagliato sull'argomento, v. M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, *passim*. Cfr. K.W. Abbott, R.O. Keohane, A. Moravcsik, A.M. Slaughter e D. Snidal, *The Concept of Legalization*, in *International Organization*, 2000, p. 401 ss.

⁶¹ In tal senso, E. Meidinger, *o.u.c.*

⁶² Cfr. M.E. O'Connell, *The Role of Soft Law in a Global Order*, in *Commitment And Compliance. The Role of Non-Binding Norms*, in D. Shelton (a cura di), *The International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 100 ss.

di quella *hard*, offre tutela a situazioni giuridiche che comportano la violazione dei diritti umani. La giurisprudenza della *US Supreme Court* sembra non voler contribuire ad arginare tali violazioni da parte delle multinazionali⁶³, aggravando, nel caso analizzato, le condizioni di chi lavora nelle piantagioni di cacao. L'applicazione degli UNPGs, seppur normativa *soft*, avrebbe potuto fornire una soluzione capace di invertire la rotta di un modello di business *hard*, a lungo praticato, e tentare di arrestare gli abusi che si verificano nella filiera alimentare.

Abstract: Lo scritto si propone di valutare la tutela offerta dagli strumenti normativi *soft* in materia di diritti fondamentali, mediante la comparazione tra diritto europeo e diritto statunitense.

Abstract: The paper aims to evaluate the protection offered by soft regulatory instruments in the field of fundamental rights, through the comparison between European law and US law.

Parole chiave: Soft law – tutela dei diritti fondamentali – Corti europee – Corte Suprema statunitense.

Key words: Soft law – Protection of Fundamental Rights – European Courts – US Supreme Court.

⁶³ E. Ciorcione, *The Role of Soft-Law in Adjudicating Corporate Human Rights Abuses: Interpreting the Alien Tort Statute in the Light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, cit., p. 1306.

LA DIFFERENZIAZIONE DEI POTERI REGIONALI NELLA PROSPETTIVA DEL PROGETTO DI LEGGE CALDEROLI: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE*.

di Francesco Zammartino**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il regionalismo differenziato ai tempi del d.d.l. Calderoli: alcuni rilievi critici. – 3. Le ricadute del regionalismo differenziato sugli enti locali minori: il caso delle Città metropolitane. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Nell'ambito della Sua ampia ricerca, spesso dedicata a temi nuovi e non precedentemente studiati, Beniamino Caravita ha affrontato a più riprese il complesso rapporto tra Stato e autonomie locali, che ha rappresentato certamente uno dei suoi temi di maggior interesse e che ne evidenzia la non comune capacità di aver saputo leggere la realtà che circonda questo conflittuale rapporto, con uno sguardo attento alle sue concrete applicazioni.

Il presente contributo cercherà di analizzare uno degli aspetti più innovativi¹, e, al contempo, più controversi della riforma del Titolo V della Costituzione, qual è il c.d. regionalismo differenziato, di cui all'art. 116, c. 3, Cost., e che il disegno di legge Calderoli (ora Atto Senato n. 615), in cui si indicano le procedure con cui dovrebbe attuarsi l'autonomia differenziata, ne ha riaperto, dopo l'irrimediabile rallentamento dovuto all'emergenza pandemica, il dibattito scientifico. Non mancando, inoltre, di rilevare come il dibattito sull'autonomia differenziata, oltre a incentrarsi (soprattutto) sul complesso rapporto tra competenze legislative dello Stato e delle Regioni, non possa non tener conto, nell'ambito di un ragionamento più articolato, anche della centralità strategica degli enti locali minori, e, in particolare, delle Città metropolitane, quest'ultime ancora alla ricerca di un loro definitivo ruolo politico-amministrativo.

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente lavoro è destinato agli Studi in memoria di Beniamino Caravita di Toritto.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli L'Orientale.

¹ *Ex plurimis*, B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 143.

Dibattito che, peraltro, si innesta in quel più ampio e complesso ordine di riflessioni sul regionalismo italiano che ormai da decenni si presenta agli operatori del settore quale un vero e proprio *cantiere aperto*, nel quale ognuno ha la propria ricetta per giungere all'agognata riforma radicale del nostro sistema autonomistico².

Ciò ha contribuito a suscitare, soprattutto se confrontata nella prospettiva storica degli ultimi 40 anni, la sensazione che tali reiterate e diverse proposte di riformare il modello delle autonomie locali costituisca ormai una sorta di *bricolage* costituzionale, se è consentita una tale espressione, in cui le proposte riformiste sono state prevalentemente strumentali per la realizzazione di finalità politiche occasionali³.

Queste prime osservazioni ci aiutano a considerare come sia stato complesso e tormentato il percorso dell'attuazione del regionalismo italiano, tradottosi negli anni in una vera e propria contrapposizione ideologica⁴ tra i partiti nazionali, laddove lo spirito e la metodologia che animò i Padri costituenti erano quelli di ricomporre, a livello istituzionale, proprio attraverso l'attuazione del regionalismo, le fratture economiche e sociali di natura territoriale che fin dai primi anni successivi all'unità del Paese si erano presentate in tutta la loro drammaticità⁵.

In altri termini, il rimodellamento del rapporto tra centro e periferia nel nascente Stato democratico doveva svolgersi in funzione di una maggiore coesione economica, sociale e culturale⁶.

Rispetto a quanto appena sottolineato, non ci sembra essere molto lontani dal vero nel ritenere che il nostro Paese sconti gravissimi ritardi, legati in gran parte proprio all'approccio culturale e politico che si è avuto nei confronti del regionalismo⁷, a tal punto da innescare un vero e proprio allontanamento da quel modello originario predisposto dai Padri costituenti, facilitando,

² A. Piraino, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 8/2019, p. 1; G. Ferraiuolo, *Unità e differenziazione nella dimensione teleologica dell'autonomia territoriale*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Napoli, 2021.

³ Cfr. A. Barbera, *Le riforme come pretesto*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 759, secondo il quale le riforme costituzionali sono state utilizzate nella "ricerca non tanto della bontà o della coerenza sistemica di questa o quella soluzione istituzionale ma della loro utilità rispetto alle esigenze preminenti del cosiddetto quadro politico, vale a dire dei momentanei obbiettivi politici degli schieramenti o di gruppi all'interno del medesimo schieramento politico". Cfr., inoltre, M. Cammelli, *Le riforme costituzionali, un "mito" necessario*, in *Il Mulino*, n. 1/2004, p. 30 ss.; V. Onida, *Il "mito" delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, n. 1/2004, p. 15 ss.;

⁴ Sul punto, cfr. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007, p. 141.

⁵ Per un'analisi dell'alto dibattito in Assemblea costituente, cfr. S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 14 ss.

⁶ Si v. a riguardo le lucide osservazioni di B. Caravita, *Per un federalismo equilibrato e solidale*, in *Rass. Parlam.*, 2003.

⁷ Cfr. G. Amato, *Lo Stato e le Regioni*, Bologna, 2016, p. 449 ss.

come è stato autorevolmente sottolineato, quel rilevato processo di attuazione del “regionalismo senza modello”⁸, oppure, quella perenne e confusa transizione, capace di contribuire a delineare “una forma di Stato composto ancora liquida e per alcuni aspetti [...] incompiuta”⁹.

A contribuire a tutto ciò, sono state, in primo luogo, le alterne vicende che hanno interessato le Regioni ordinarie, caratterizzate, in estrema sintesi, da una prima fase, immediatamente dopo la loro istituzione nel 1970, in cui esse, con competenze legislative fortemente limitate¹⁰ di cui, né la l. n. 382/1975, né il d.lgs. n. 616/1977, avevano del tutto chiarite, furono strutturate prevalentemente quali enti di amministrazione, impegnate a eseguire funzioni *deconcentrate* dallo Stato e avvalendosi di una finanza sostanzialmente derivata¹¹, e da una seconda fase, che va in buona sostanza dagli anni '90 in poi, in cui la classe politica italiana, ammainato il vessillo del limite politico dell'interesse nazionale, intraprese, mediante confuse riforme costituzionali e legislative, un incoerente processo di decentramento, che coinvolse prima il versante delle funzioni amministrative, e, poi, anche quello della legislazione e della finanza¹².

In secondo luogo, la mancata revisione organica degli statuti delle Regioni speciali, che ha contribuito, tra l'altro, alla creazione di un sistema nel quale le Regioni *specializzate*, in forza dell'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., potranno assumere forme di autonomia più rilevanti rispetto a quelle attualmente riconosciute alle cinque Regioni a statuto speciale¹³.

Trattatasi, quindi, di un percorso non privo di contraddizioni e incertezze che gli interventi sul piano legislativo e costituzionale, costituiti dalle riforme Bassanini e della revisione del Titolo V della Costituzione¹⁴, dei rapporti tra Stato e Regioni hanno acuito maggiormente, atteso che al rafforzamento dei poteri delle Regioni non è seguita una politica dei costi di funzionamento e di esercizio delle funzioni, nonché, dei diversi livelli di sviluppo tra una Regione e l'altra, come, al contrario, si sarebbe auspicato in un'ottica di federalismo fiscale¹⁵.

⁸ M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, p. 131.

⁹ A. Patroni Griffi (voce), *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 2021, p. 219.

¹⁰ V. Crisafulli, *Vicende della «questione regionale»*, in *Le Regioni*, 1982, *passim*.

¹¹ Per tutti, L. Paladin, *Diritto regionale*, 1997, p. 25 ss.

¹² O. Spataro, *Crisi del regionalismo e macroRegioni. Spunti di riflessione*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 3.

¹³ Per tutti, G. Silvestri, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in www.cortecostituzionale.it, 26 maggio 2014.

¹⁴ Cfr. G. Berti e G.C. De Martin, *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001.

¹⁵ Cfr. M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012.

Ad essere privilegiato, quindi, non è stato tanto un regionalismo fondato sul propulsivo criterio di *dimensione degli interessi*, bensì fondato su uno statico criterio di materie oggettive, che ha accentuato quella insofferenza nei confronti del sistema delle autonomie territoriali, che trova la propria origine in quella cultura politica nazionale che mantiene in buona sostanza un fondo di velato ma ostinato centralismo¹⁶.

Si pensi ai recenti provvedimenti causati dalla crisi economica e finanziaria e indirizzati al contenimento del debito pubblico, che sono serviti quale circostanza per diminuire i margini di autonomia e spostare le funzioni al centro, senza nessuna considerazione degli effetti sulla crescita economica.

A ciò si deve anche aggiungere, che la stessa Corte costituzionale, dopo un primo periodo in cui si era mostrata favorevole al progetto federalista¹⁷, ne ha, invece, poi progressivamente preso le distanze, dando una lettura decisamente estensiva delle competenze statali¹⁸, come, per esempio, in tema di coordinamento finanziario¹⁹.

Si spiega in questa luce che il ritrovamento di un ragionevole punto di equilibrio del rapporto tra autonomia e unità di cui si fa, tra l'altro, portavoce l'art. 5 Cost.²⁰, è apparso in tutti questi anni di difficile soluzione, dovuto proprio alle scelte effettuate in sede di elaborazione dello Stato regionale²¹. Un rapporto ai cui due termini suindicati, si è aggiunto un terzo, quello dell'uguaglianza, rendendolo maggiormente complesso, ciò perché, come è stato lucidamente espresso, da una parte, “per quanto estesa sia l'autonomia riconosciuta agli enti territoriali, in nessun caso può sopportarsi l'idea che i diritti fondamentali non siano tutti egualmente tutelati su tutto il territorio nazionale”; dall'altra, “le esigenze di uniformi garanzie dei diritti assicurate a tutti i cittadini sembrano mal conciliabili con una forte autonomia e ancor più con una differenziazione tra le Regioni”²².

¹⁶ Cfr. A. D'Atena, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on federalism*, n. 1/2021, p. 1 ss.; M. Belletti, *La riforma del Titolo V «sotto attacco»: Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2021, p. 3.

¹⁷ Corte cost., sentt. nn. 417/2005, 376/2003, 4 e 390/2004.

¹⁸ Corte cost., sentt. nn. 139/2012, 36 e 236/2013.

¹⁹ F. Gallo, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *federalismi.it*, 9 maggio 2018, p. 3.

²⁰ Si rinvia, *ex multis*, a C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 11 ss.; E. Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *RTDP*, 1957, p. 3 ss.; G. Berti, Art. 5, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna – Roma, 1975; U. Allegretti, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1; recentemente, S. Staiano, *Art. 5, Costituzione italiana*, Roma, 2017.

²¹ Si cfr. le riflessioni di A. Ruggeri, *La specializzazione dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in *Consulta on line*, 2019, p. 619.

²² R. Bin, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi e domani*, in *Le Regioni*, n. 1/2022, p. 46.

E' in questo scenario, sinteticamente descritto, dagli aspetti complessi, in cui si è assistito a un caotico processo di riforme che ha “evidenziato limiti tecnici evidenti anche per un uso congiunturale dell'autonomia come ‘valore da esaltare’ o una ‘diseconomia’ rispettivamente quando può essa può essere sfruttata come mezzo di esercizio di dominio politico o, diversamente, quando si rivela un fattore di limitazione del potere”²³, che si innesta il dibattito scientifico sul regionalismo differenziato²⁴.

Quest'ultimo, nato all'insegna della contrapposizione ideologica, ispiratrice di inconcludenti tentativi di attuazione del regionalismo differenziato, ha trovato la sua fonte originaria nella l. n. 42/2009 (c.d. federalismo fiscale) e nei successivi decreti delegati, a partire dal d.lgs. n. 216/2010 che introdusse il criterio dei costi standard per la determinazione dei livelli essenziali

²³ G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2019, p. 2.

²⁴ La letteratura sull'argomento in esame è ormai sterminata, tra gli altri, si segnalano, L. Antonini, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; T. Groppi e M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed Enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001; N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001; R. Bin, “Regionalismo differenziato” e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Ist. del Fed.*, 2008; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit.; Id., *Per un federalismo equilibrato e solidale*, in *Rass. parlam.*, n. 2/2003, p. 273 ss.; Id., *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019; G. Falcon., *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4/2017; F. Merusi, *Riflessioni su regionalismo, federalismo, municipalismo*, in *Rass. parlam.*, n. 4/2003, p. 901 ss.; F. Pizzetti, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, n. 4/2003, p. 599 ss.; O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid*, n. 14/2017; E. Balboni, *L'attuazione del regionalismo differenziato: la differenziazione non implica di per se disuguaglianza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019; R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019; M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid*, maggio 2019; A. Lucarelli *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Diritto pubblico europeo on line*, n. 2/2019; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 21/ 2019; C. Mezzanotte, *L'art. 116, comma 3, Cost., tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 23; A. Poggi, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, n. 2/2019; G. Rolla, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, p. 141 ss.; L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019; G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit.; M. Bertolissi, *Premesse per una lettura “sostanziale” dell'articolo 116, 3° comma, della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/ 2020; E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, *Consulta on line*, 2020, p. 1; S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 5; S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2020, p. 1 ss.; Id., *Anti-mitopoiesi: Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 29 ss.; A. Contieri e F. Zammartino, *Note sparse sul regionalismo differenziato: il caso delle città metropolitane*, in *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in M. Immordino, N. Gullo e G. Armao (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, Napoli, 2021; A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022.

delle prestazioni dei diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.²⁵.

Ma lo tsunami scatenato dalla crisi del 2008 comportò severi tagli alla spesa pubblica che di fatto rese vana ogni iniziativa a riguardo. Si dovette attendere fino al 2017 per riportare al centro del dibattito politico la questione del regionalismo differenziato. L'occasione fu la proposizione di referendum regionali che, ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., consentiva il trasferimento alle Regioni delle materie della giurisdizione, limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace; delle norme generali sull'istruzione; della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali²⁶.

Senonché, le richieste avanzate dalle Regioni Veneto e Lombardia, nelle quali si reclamavano tutte le 23 materie che è possibile chiedere²⁷, in base all'art. 116 Cost., ossia, le materie di competenza legislativa concorrente, di cui all'art. 117, c. 3 della Costituzione, nonché le seguenti materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato: organizzazione della giustizia di pace (art. 117, c. 2, lett. l), Cost.); norme generali sull'istruzione (art. 117, c. 2, lett. n), Cost.); tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, c. 2, lett. s), Cost.), hanno suscitato numerosi dubbi in dottrina²⁸, non solo riguardo al fatto che, dato la conformazione di alcune materie quali l'ambiente oppure le grandi opere di trasporto e navigazione, potessero essere assegnate totalmente alle Regioni, ma anche alla costituzione di un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale ed eventuali risorse aggiuntive, al fine di rimuovere squilibri economici e sociali²⁹.

Come è facilmente intuibile, quindi, la questione del regionalismo differenziato si interseca indissolubilmente con quello del coordinamento della finanza pubblica, secondo i principi dettati dall'art. 119 della stessa Carta costituzionale, che dovrebbero valere quale *vincolo di sistema*³⁰ anche nell'attuazione dell'art. 116. Cost.; in effetti, si resta dell'idea che il processo

²⁵ L. Antonini, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova legge sul federalismo fiscale*, in *Quad. suss.*, 2009, p. 1 ss.; R. Bifulco, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *www.astrid-online.it*, 24 maggio 2009; G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in *Federalismi.it.*, 20 aprile 2011.

²⁶ Cfr. L. Dainotti e L. Violini, *I referendum del 22 ottobre: una tappa del percorso regionale verso un incremento dell'autonomia*, in *Le Regioni*, n. 4/2017.

²⁷ C. Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi.it.*, n. 18/ 2018.

²⁸ Tra gli altri, B. Caravita, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, cit., p. 13.

²⁹ A. Lucarelli *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, cit., 1; Cfr., anche, S. Lieto, *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it.*, n. 1/2019, p. 8 .

³⁰ Cfr. G. Rivosecchi, *Autonomia finanziaria, assetto delle funzioni e regionalismo differenziato*, in *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., p. 54.

di attuazione del regionalismo differenziato non possa procedere in maniera disgiunta dal c.d. federalismo fiscale, atteso che il trasferimento delle materie si misura anche con l'incremento della responsabilizzazione nell'uso delle risorse correlata all'autonomia esercitata³¹.

D'altro canto, i meccanismi di perequazione fiscale sono già previsti dalla disciplina sul federalismo fiscale, ragion per cui la questione risiede soprattutto nell'attuazione della riforma dell'art. 119, c. 2, della Costituzione³².

Se allora ciò che impegna il dibattito politico non è tanto la misura dell'autonomia cui aspirano le Regioni interessate, quanto il costo dell'operazione, il nuovo regionalismo che prende forma con l'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. dovrebbe avere quale obiettivo comune la valorizzazione di quella coesione territoriale³³, nella quale principi quali efficienza ed equità dovrebbero convivere, piuttosto che confliggere³⁴, e soddisfare, in buona sostanza, la condizione dell'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti *di prestazione*, altrimenti, come è stato osservato, “non si vedrebbe per quale motivo debba essere consentita l'introduzione di deroghe alla ripartizione ordinaria dei poteri pubblici che trova nella Costituzione un modello archetipo”³⁵.

Un regionalismo differenziato, insomma, che non aumenti i divari di cittadinanza e che affermi le asimmetrie territoriali previste in Costituzione nell'ambito di un modello ancor più solidale di regionalismo³⁶, come ci ricorda ampiamente anche il PNRR, che pone questo obiettivo come una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni, secondo un principio di coesione sociale, economica e territoriale, previsto dal *Next Generation EU*, ai sensi degli artt. 174 e 175 TFUE³⁷.

Solo attraverso il percorso delineato sembra possibile pensare di risolvere i problemi *endemic* che coinvolgono l'intero sistema autonomistico italiano³⁸, quali il rapporto tra Stato, Regioni ed Enti locali minori, il nodo (mai risolto) del trasferimento delle competenze dallo Stato alle

³¹ M. Gola, *Riflessioni di specialità e differenziazione nel sistema regionale italiano*, in *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, cit., p. 35.

³² Cfr. T. Martines, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 127 ss.

³³ Cfr. A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale*, in *Atti del Convegno Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, Milano, 8 ottobre 2019, p. 18.

³⁴ Cfr. C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 12.

³⁵ S. Valaguzza, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, n. 19/2019, p. 8.

³⁶ Sul punto cfr. B. Caravita, *Per un federalismo equilibrato e solidale*, cit.

³⁷ Sul punto, M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, cit., p. 19.

³⁸ Si rinvia a A. Lucarelli, *Percorsi sul regionalismo italiano*, Milano, 2004, *passim*.

Regioni e le pretese sempre più insistenti da parte di alcune Regioni del nord di trattenere gran parte delle entrate erariali, e quindi del gettito fiscale prodotto nel territorio (il c.d. residuo fiscale), cavalcando la tesi, alquanto discutibile, che il livello della spesa pro-capite delle Regioni che chiedono l'autonomia differenziata sia molto più basso a confronto con le Regioni meridionali³⁹.

2. Il regionalismo differenziato ai tempi del d.d.l. Calderoli: alcuni rilievi critici.

La definizione delle modalità concrete mediante le quali procedere all'attuazione del regionalismo c.d. "asimmetrico"⁴⁰ o a "geometria variabile"⁴¹, senza compromettere l'equilibrio nel delicato assetto costituzionale, nonché l'implementazione del processo di differenziazione delle politiche territoriali⁴², è indubbiamente una delle questioni più complesse del tema in esame.

L'art. 116, c. 3, con una formula a dir poco laconica, prevede un procedimento normativo atipico atto a produrre diritto attraverso una legge sulla base di un'intesa tra Stato e Regione⁴³. In particolare, l'articolo in questione prevede solo che le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», che possono essere devolute alle Regioni ordinarie, vengono assegnate «con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119» e che tale legge «è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata». Ne consegue che tale disposizione si limita a prevedere che la legge sia adottata sulla base di un'intesa tra lo Stato e la Regione interessata, sottintendendo, in tal guisa, ad un procedimento di natura negoziale⁴⁴.

³⁹ In effetti, come ha più volte ribadito lo Svimez, i dati sbandierati riguardano la spesa pubblica regionalizzata che si attesta circa sul 43 % della spesa totale dello Stato, laddove, se si tiene conto dei dati dei conti pubblici territoriali nel suo complesso, lo scenario si ribalta totalmente, in quanto risulta che la spesa per abitante e per settori nelle Regioni suindicate è nettamente maggiore rispetto a quella prodottasi nelle Regioni del sud.

⁴⁰ F. Palermo, *Federalismo asimmetrico e riforma della Costituzione italiana*, in *Le Regioni*, 1999, p. 291.

⁴¹ S. Mangiameli, *Il riparto delle competenze normative nella riforma regionale*, in *Il Federalismo fiscale*, 2007.

⁴² Cfr., ex plurimis, G. Pastori, *La nuova specialità*, in *Le Regioni*, 2001, p. 494; S. Mangiameli, *L'autonomia regionale speciale nella riforma del titolo V della Costituzione*, in G. Berti e G.C. De Martin (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, p. 143 ss.

⁴³ Cfr. in tal senso, M. Cecchetti, *Attuazione della riforma costituzionale del titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune*, in *Federalismi.it*, 2002, p. 1 ss.

⁴⁴ Sull'annosa questione, tra gli altri, A. Lucarelli, *Le MacroRegioni "per funzioni" nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato*, in *Federalismi.it*, n. 6/2015; Cfr. anche E. Tira, *L'attuazione del regionalismo differenziato e*

Ora, al di là che il d.d.l. Calderoli adotta una formula alquanto confusa e generalizzata in riferimento a come le intese dovrebbero *veicolare* la disciplina legislativa di un determinato ambito materiale da un tipo all'altro di potestà legislativa di cui all'art. 117 Cost., mettendo così a rischio esigenze unitarie indifferibili, è proprio in merito alla natura negoziale del procedimento riguardante il processo di attuazione del regionalismo differenziato che si sollevano i primi dubbi, alimentando, peraltro, in dottrina un dibattito alquanto vivace, diviso tra taluni⁴⁵, che ritengono necessario la partecipazione sia dello Stato sia delle Regioni nella disciplina delle fasi del procedimento e talaltri⁴⁶, che, invece, attribuiscono la regolamentazione delle procedure dirette a stipulare l'intesa esclusivamente alla legge statale, limitando la partecipazione delle Regioni alla fissazione delle norme relative.

In particolare, si prevede all'art. 2, c. 2, del d.d.l. una fase di avvio particolarmente delicata nella quale il ruolo delle Regioni risulta particolarmente attivo e predominante. In effetti, lo schema definitivo, che è il frutto di una concertazione tra la Conferenza unificata (Stato, Regioni ed enti locali) e il Parlamento, è approvato dalla Regione secondo procedura stabilita dalla Regione stessa e poi deliberato dal Governo. Appare evidente che a fronte di un'intesa, che nel frattempo è stata già sottoscritta anche dal Presidente del Consiglio e dal Presidente della Giunta regionale (comma 7) e che in buona sostanza chiude la fase della negoziazione in cui gli unici attori protagonisti sono stati gli Esecutivi di Regione e Stato (il comma 6 dell'articolo 2 prevede che «Con lo schema di intesa definitivo, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, delibera un disegno di legge di approvazione dell'intesa, che vi è allegata»), non sembra essere troppo lontano dal vero ritenere che il ruolo del legislatore nazionale si riduca ad un'attività consultiva, dovendo limitarsi, in mancanza della facoltà di presentare emendamenti al testo, all'approvazione con legge dell'intesa, che si traduce, in buona sostanza, in una mera ratifica di scelte compiute altrove⁴⁷,

il ruolo del Parlamento nella stipula delle intese ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, in Nomos n. 3/2020, p. 7.

⁴⁵ F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1165.

⁴⁶ S. Agosta, *L'infanzia difficile (ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost., tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in F. Bettinelli e F. Rigano (a cura di), *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, p. 327.

⁴⁷ Si noti come le Camere siano chiamate ad esprimersi attraverso i propri *competenti organi* con atti di indirizzo, entro sessanta giorni, con la precisazione che il presidente del Consiglio (o il ministro per gli Affari regionali e le autonomie) predispose quindi lo schema definitivo *sulla base* degli atti di indirizzo e fermo restando che decorso il termine di sessanta giorni può procedere senza che il Parlamento si sia pronunciato.

sulla falsa riga del procedimento previsto per le leggi che approvano le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, di cui all'art. 8 Cost.

E in effetti, quanto appena affermato sembra essere proprio confermato dalle proposte di *leggi quadro* finora avanzate che hanno un chiaro e preciso obiettivo: prefigurare lo sottoposizione di schemi d'intesa a Commissioni parlamentari, prima della formalizzazione di esse in disegno di legge governativo, ottenendo così il restringimento dell'ambito di decisione delle Camere nella mera totale approvazione e mero totale rigetto. Laddove, invece, un coinvolgimento concreto e preventivo delle Camere (magari supportate da un lavoro istruttorio delle competenti e permanenti commissioni parlamentari, così come successe per la l. n. 382/1975 e il d.lgs. n. 616/1977 in tema di trasferimento di funzioni dallo alle regioni di maggiore dimensioni), che renda effettivo ed incisivo il loro intervento e che non risulti in una mera partecipazione a posteriori basata su un accordo *preconfezionato* e intoccabile, renderebbe maggiormente *equilibrato* e trasparente il procedimento di differenziazione⁴⁸.

Alla carenza di compartecipazione sostanziale dell'organo legislativo parlamentare alla procedura, che testimonia ulteriormente il progressivo e sostanziale esautoramento del Parlamento dalla vita politica e istituzionale, si aggiunge, inoltre, un'altra delicata questione che è quella relativa ai profili di incostituzionalità che sembrano rilevarsi principalmente nel procedimento legislativo di attuazione previsto dal d.d.l. Calderoli, in cui le intese appaiano fondare potestà legislative atipiche, non previste dal Testo costituzionale.

Infatti, il modo in cui dovranno essere approvate queste fonti di differenziazione sembrano derogare, nel complesso, sia all'art. 72 Cost., che come è noto definisce i procedimenti legislativi e quindi le fasi in cui qualsiasi legge si deve sviluppare, sia agli stessi regolamenti parlamentari ai quali è attribuita la disciplina del procedimento legislativo non definita dalla Costituzione, provocando, così, una vera e propria *rottura* del sistema delle fonti del diritto in quanto una legge ordinaria non può mai modificare o derogare i procedimenti di cui ai sensi dell'art. 72 Cost.⁴⁹

⁴⁸ Per riflessioni critiche riguardo al procedimento seguito, cfr. G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali*, n. 2/2018, p. 11, il quale rileva che "l'aver scelto il modello delle intese ex art. 8 Cost. colloca – in maniera per qualche verso anomala – l'attivazione del regionalismo differenziato nel prisma procedurale della protezione delle minoranze, piuttosto che in quello della definizione di rapporti negoziali intersoggettivi (benché comunque ricompresi all'interno della Repubblica complessivamente intesa, se non anche dello stesso Stato-ordinamento)", evidenziando comunque la «spiccata matrice negoziale dell'intero contesto del regionalismo differenziato (nel quale dunque non può non essere tenuta in debita considerazione la volontà delle 'parti')».

⁴⁹ Cfr. O. Chessa, *Sui profili procedurali del d.d.l. Calderoli*, *Astrid Rassegna*, n. 5/2023, p. 1 ss.

Certo c'è da aggiungere anche che la scarsa disciplina costituzionale non aiuta affatto a sciogliere i nodi che si aggrovigliano intorno al nuovo tipo di fonte che si verrebbe a creare e gli effetti che questa comporterebbe sul piano dommatico; infatti, l'interpretazione che si rileva è che il processo che conduce alla conclusione dell'intesa appare nettamente slegato con il procedimento di produzione della legge.

Un secondo elemento di criticità riguarda i livelli essenziali delle prestazioni, i c.d. Lep, che, come è noto, sono previsti dalla Carta costituzionale al fine proprio di garantire a tutti i cittadini italiani (e non) gli stessi livelli di prestazioni sul piano dei diritti sociali⁵⁰.

In effetti, l'idea di fondo che sembra ispirare il d.d.l. Calderoli consiste nel basare il decentramento delle competenze sulle *performance* di efficienza e sulla competitività, piuttosto che sui principi di mutualità, solidarietà e uguaglianza che si desumono da una lettura combinata degli articoli 3, c. 2, 5, 117, c. 6, Cost.

Ciò rischia di condurre a una imponente redistribuzione di risorse erariali tra territori il cui impatto potenziale aprirebbe una esplosiva contraddizione che si concreta in un trasferimento di competenze e di risorse verso alcune Regioni del nord senza alcuna valutazione di impatto e secondo forme di contrasto con il sistema normativo della Costituzione.⁵¹

Di più c'è da aggiungere, che nel progetto di legge governativo non sembra riscontrarsi minimamente traccia di quel cordone ombelicale invece presente nella l. n. 42/2009 (peraltro ancora in parte inattuata), che lega i costi *standard* e i livelli di prestazioni ai fabbisogni *standard*, al fine di qualificare il federalismo fiscale di cui all'art. 119 Cost. in senso perequativo⁵².

L'art. 14 l. 42/2009, mediante una corretta interpretazione del quadro costituzionale, afferma che «con la legge con cui si attribuiscono, ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., forme e condizioni particolari di autonomia a una o più Regioni si provvede altresì all'assegnazione delle necessarie risorse finanziarie, in conformità all'art. 119 della Costituzione e ai principi della presente legge».

⁵⁰ Cfr., A. Papa, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in L. Carpentieri e D. Conte (a cura di), *Dal federalismo al regionalismo: Prospettive nazionali ed esperienze europee*, Torino, 2020.

⁵¹ In tal senso, si è espressa anche la Corte costituzionale che afferma nella sentenza n. 220/2021 che «il ritardo nella definizione dei Lep rappresenta un ostacolo al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali».

⁵² S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, p. 12.

Da quanto disposto, si ritiene che l'art. 116, c. 3, Cost. vada interpretato nel senso che esso non può implicare una mera devoluzione finanziaria⁵³; come è stato lucidamente osservato, l'art. 119 Cost. è richiamato dall'art. 116, c. 3, Cost. come limite, piuttosto che come contenuto delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», di modo che “la finanza [...] segue e non precede le funzioni e le risorse vengono attribuite agli enti territoriali al fine di consentire che siano integralmente finanziate le funzioni loro attribuite, non essendo possibili trasferimenti di risorse a prescindere”⁵⁴.

Se ne deve inferire, quindi, che l'attribuzione di maggiori competenze legislative, secondo una mera logica di competitività, così come sembra desumersi dalle intenzioni del d.d.l. in questione, rischi di creare potenzialmente tutte le condizioni per attribuire in via esclusiva alle Regioni materie che porterebbe a un sostanziale indebolimento dei diritti di cittadinanza. Un'opzione, questa, che potrebbe a primo impatto sembrare puramente astratta ma che è invece concretamente emersa, sotto la pressione della pandemia, in un ambito chiave quale la sanità. Oltre a queste considerazioni di ordine generale, il d.d.l. Calderoli fa un'operazione che sembra risultare poco apprezzabile sia nei propositi, sia nell'attuazione concreta, riguardo alla disciplina dei Lep.

Affida la definizione dei Lep a un Dpcm (in verità sulla falsariga di quanto avviene da tempo per i Lea in ambito sanitario) che è un atto amministrativo deliberato dal Consiglio dei ministri in situazioni di estrema emergenza, violando il principio della riserva di legge atteso che l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost. prevede espressamente che la materia debba essere disciplinata da una legge dello Stato⁵⁵, in quanto i Lep vengono definiti sulla base di risultanze tecniche in modo molto puntuale, con delle percentuali.

In altri termini, attribuire l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni a una cabina di regia governativa con l'assistenza di comitati tecnici, escludendo di fatto la preventiva decisione parlamentare, significa non solo sfidare il paradosso che la definizione di prestazioni qualificate come “costituzionalmente necessari[e]” venga affidata del tutto a organi amministrativi, ma rischia di confinare i Lep a un ruolo contabile, prevalentemente funzionale alla costruzione del quantum di risorse che devono essere riconosciute alle Regioni⁵⁶.

⁵³ Cfr. M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2021, p. 1.

⁵⁴ M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 12.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 303/2013.

⁵⁶ Si rinvia a M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 352 ss.; cfr., anche, F. Pizzolato, *La procedura per la*

Inoltre, per la determinazione degli stessi il progetto di legge fa una scelta a dir poco anomala, rinviando espressamente alle norme già vigenti nella legge di bilancio n. 197/2022⁵⁷, che regolano integralmente la disciplina dei Lep ai commi da 791 a 801, rendendolo, paradossalmente, sotto questo aspetto di fatto superfluo⁵⁸. Un metodo nei confronti del quale si rilevano non poche perplessità dal momento che non ci sembra che la legge di bilancio possa essere definita la sede ideale ove stabilire una disciplina ordinamentale di tale importanza⁵⁹. Si prospetta, quindi, un modello a dir poco insolito in cui la definizione dei livelli viene attratta nell'autonomia differenziata, come sua premessa, in funzione dell'interesse finanziario e sotto forma di Dpcm, perdendo così la sua funzione costituzionale di garanzia di cui all'art. 117 lett. m), Cost.

3. Le ricadute del regionalismo differenziato sugli enti locali minori: il caso delle Città metropolitane.

La lettura prettamente formalistica e asistemica che è stata data dal d.d.l. Calderoli dell'art. 116, c. 3, Cost., sembra destinata ad avere rilevanti implicazioni nell'ordinamento, non solo a livello statale e regionale, ma anche a livello degli enti locali, la cui rilevanza nel dibattito su autonomia e differenziazione è consequenziale alla stessa configurazione pluralista del nostro ordinamento complessivamente inteso

Infatti, il processo di devoluzione asimmetrico formulato dall'iniziativa legislativa in questione, suscettibile di realizzarsi attraverso la soppressione della legislazione concorrente, e, quindi, sul decentramento delle competenze e al loro esercizio territorialmente differenziato, appare troppo rigido per un fenomeno, quale quello della differenziazione che, invece, dovrebbe implicare, in *re ipsa*, una certa dose di mutevolezza legata alle modifiche sociali, economiche, logistiche dei singoli territori⁶⁰.

determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, p. 309 ss.

⁵⁷ Si cfr. Corte cost. sentt. n. 62/2020, 142/2021, 220/2021.

⁵⁸ F. Manganaro, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Giustizi insieme*, 2 febbraio 2023.

⁵⁹ S. Staiano, *Nota Tecnica sulla dislocazione differenziata di funzioni nelle Regioni secondo il terzo comma dell'art. 116 e in conformità all'art. 119 della Costituzione*, in AA. VV., *Regionalismo differenziato. Regionalizzazione o dissoluzione*, Napoli, 2023, p. 65.

⁶⁰ Sul punto, A. Lucarelli *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, cit., p. 3.

L'incertezza del d.d.l. Calderoli accentua il timore che la devoluzione delle competenze legislative incoraggi, come in una sorta di domino, lo spostamento anche delle relative funzioni amministrative, dando vita ad un centralismo regionale che porti ad un'eccessiva *amministrativizzazione* delle Regioni.

D'altra parte, l'eccessiva differenziazione delle competenze amministrative sul territorio nazionale sembra creare disuguaglianze nell'erogazione di servizi e tale rischio persiste nonostante l'art. 118, c. 2, Cost. preveda per Province, Comuni e Città metropolitane, in virtù dell'applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà sancito dal primo comma, che ulteriori funzioni potranno essere conferite con legge statale o regionale «secondo le rispettive competenze».

Ciò assume importanza rilevante soprattutto in riferimento all'impatto che l'attuazione del regionalismo differenziato potrebbe avere sulla c.d. autonomia di prossimità, e, in particolare, sulle Città metropolitane, atteso che il ruolo politico-normativo, oltre che amministrativo di quest'ultime, appare ancora tutto da "codificare"⁶¹.

Peraltro, è proprio al legislatore regionale è attribuito il compito (ultimo) di riempire di contenuti le finalità istituzionali generali e le nuove funzioni metropolitane, ottimizzandone la portata innovativa, laddove, invece, il processo di attuazione dell'art. 116 Cost. messo in moto dalle Regioni richiedenti e dal d.d.l. Calderoli non sembra interpretare la riformata dimensione delle competenze legislative in una visione che dovrebbe assicurare la piena attuazione del principio di sussidiarietà, sul piano delle competenze amministrative e delle correlate risorse finanziarie, con conseguente piena valorizzazione del ruolo dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, attraverso l'attribuzione diretta dei compiti di amministrazione e gestione, in attuazione dell'art. 118, Cost.

La prospettiva che in concreto nella differenziazione regionale il trasferimento di sfere di autonomia dal centro alla periferia non dovrebbe fermarsi al livello regionale, ma dovrebbe coinvolgere innanzitutto gli enti locali minori in genere, e, in particolare, le Città metropolitane, rafforzandone l'azione e il ruolo nel sistema istituzionale, appare alquanto improbabile.

Questo perché la previsione di una legislazione regionale sempre più dettagliata potrebbe comportare una compressione di ambiti di *manovra* delle Città metropolitane tale da alimentare il rischio che quest'ultime possano ridursi a enti rappresentativi solo dei Comuni in esse

⁶¹ A. Lucarelli, *La Città metropolitana. Ripensare la forma di Stato ed il ruolo di Regioni e di enti locali: il modello a piramide rovesciata*, in *Federalismi.it*, 2014, p. 3 ss.

ricompresi, discostandosi dalla reale finalità attribuita loro incentrata allo sviluppo strategico del territorio, con conseguente restringimento dell'autonomia, in fondo rimessa alle future scelte discrezionali nel possibile futuro scenario disegnato dal legislatore regionale⁶².

Il fenomeno di *centralizzazione regionale* che si evince dal d.d.l. in questione, implica soprattutto un indebolimento del ruolo delle Città metropolitane quali enti costituzionalizzati rivolti a favorire lo sviluppo del loro territorio e tutte le condizioni, anche infrastrutturali, finalizzate alla gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione. L'attribuzione alla potestà legislativa regionale in via esclusiva della regolamentazione delle infrastrutture strategiche e delle grandi reti di trasporto e comunicazione di interesse nazionale, rischia di relegare le Città metropolitane a un mero ruolo di esecutore dell'attività svolta dalla Regione e delle regole che questa si è data.

L'estremo ampliamento dei poteri legislativi regionali in materia «di pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno», di «dotazione strutturale», di «programmazione e organizzazione sanitari e sociali», sganciato da quanto determinato dal legislatore statale ai sensi delle lett. s) e z) del secondo comma dell'art. 117, potrebbe comportare un groviglio di molte istituzioni e sarà destinato ad intrecciarsi con il ruolo e con le funzioni delle Città metropolitane, allorché il mutato riparto di competenze legislative, regolamentari, (le cui ricadute saranno anche a livello amministrativo) non pare contribuisca all'individuazione dell'area territoriale ottimale per l'esercizio delle stesse, se vero è che l'eccessiva frammentazione di analoghe competenze tra più enti, soprattutto nel campo dei servizi pubblici locali, costituisce un ostacolo allo sviluppo economico e sociale dell'intera area⁶³.

Si pensi alle ricadute negative che potrebbero aversi sul ruolo partecipativo degli enti metropolitani nell'ampia materia dei servizi sociali, quali soggetti interlocutori nella c.d. fase *ascendente* della programmazione regionale, in relazione anche al fatto che il c.d. residuo fiscale congegnato dal processo in atto aumenterebbe in maniera non proporzionale la quota (peraltro già ampia) trattenuta a livello regionale del fondo nazionale politiche sociali. Ad essere messo in discussione sarebbe proprio il ruolo della Città Metropolitana che nel campo dei

⁶² Cfr. E. Balboni, *La Città metropolitana tra Regioni e Comuni interni: luci ed ombre, aporie e opportunità*, in *Federalismi.it*, focus osservatorio Città metropolitane, n. 1/2014, *passim*.

⁶³ Si pensi alle ricadute negative che potrebbero aversi sul ruolo partecipativo degli enti metropolitani nell'ampia materia dei servizi sociali, quali soggetti interlocutori nella c.d. fase *ascendente* della programmazione regionale, in relazione anche al fatto che il c.d. residuo fiscale congegnato dal processo in atto aumenterebbe in maniera non proporzionale la quota (peraltro già ampia) trattenuta a livello regionale del fondo nazionale politiche sociali.

servizi sociali dovrebbe consistere nello svolgimento di una funzione di coordinamento tra le regioni e gli ambiti ottimali, al fine di favorire una più equa distribuzione dei fondi a livello zonale.

Il regionalismo differenziato, così come congegnato, potrebbe incidere anche su quel ruolo strategico che la legge Delrio e gli stessi statuti conferiscono alla Città metropolitana mediante l'istituzione di strutturate forme di cooperazione con il terzo settore, ormai indiscusso protagonista delle politiche sociali.

È noto che la crescita del c.d. *welfare mix* esige lo sviluppo di un nuovo ruolo del *pubblico*, a cui le Città metropolitane, se dotate di specifiche competenze nel campo della pianificazione territoriale, potrebbero partecipare attivamente diventando luogo di sostegno e di raccordo della pluralità di attori esistenti in quadro complessivo di tutela del bene comune. Nel campo sanitario, per fare un esempio, la regionalizzazione della sanità escluderebbe a priori quella funzione riconosciuta alle Città metropolitane di raccordo tra attività socio-assistenziali sul territorio.

È opinione di chi scrive, quindi, che lo spostamento delle suindicate competenze legislative dallo Stato alle Regioni in ordine all'attribuzione delle funzioni amministrative connesse alle Città metropolitane rischi di innescare un processo di uniformità che minerebbe la loro posizione di autonomia, atteso che questo *centralismo regionale in progress*, sembra non garantire nemmeno quegli elementi essenziali dell'autonomia di prossimità assicurati invece dall'attuale riserva a legge statale.

In via conclusiva, sebbene la devoluzione delle competenze alle Regioni sia stata presentata quale fenomeno che non dovrebbe comportare ricadute sul livello dei servizi erogati, anche per le Regioni con minore reddito pro capite, la crescita delle differenze sembra invece proprio invadere la materia dei servizi pubblici in termini di livello essenziale nell'assistenza (Lea) e livello essenziale nelle prestazioni (Lep).

D'altra parte, non ci sembra che il d.d.l. si conformi al principio della correlazione tra funzioni amministrative e risorse per ogni livello di governo e al principio di una loro autonomia di entrata e di spesa.

Vero è che l'individuazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano è di per se una questione alquanto complessa, in quanto la legge Delrio nel comma 44, lett. b) si limita ad indicare solo la funzione di pianificazione territoriale generale ma non il tipo di

provvedimento che ne costituisce concreto esercizio⁶⁴. A ciò va aggiunto che dagli statuti metropolitani approvati⁶⁵ non derivano precise indicazioni sulla dimensione territoriali degli enti e sulla loro minima soglia dimensionale, dalle quali poi far partire una seria strutturazione dei servizi pubblici locali. In mancanza di precise indicazioni riguardanti i piani territoriali metropolitani, è risultato, quindi, fin dall'inizio difficile non solo garantire un equilibrato bilanciamento nella distribuzione delle risorse e delle competenze sia a livello intercomunale sia a livello sovracomunale, ma, altresì, realizzare un governo strategico della Comunità di area vasta in grado di porsi quale regista dello sviluppo locale e fulcro dei sistemi di servizi a rete. Ciò premesso, e in attesa di valorizzare in capo all'ente de quo una specifica ramificazione delle competenze in tema di servizi pubblici di interesse economico modulata in base all'esigenze espresse dal territorio, quale potrebbe essere l'impatto di future leggi regionali di riallocazioni di funzioni nel nuovo scenario rappresentato dal regionalismo differenziato proposto dal d.d.l. Calderoli sulle Città metropolitane?

L'evidenza dimostra che le conseguenze pratiche sull'ente amministrativo locale possono essere alquanto dirompenti, in quanto nel progetto governativo manca perfino quella condizione preliminare per l'avvio dell'autonomia regionale differenziata, che “è la definizione dei *fabbisogni standard* aggiornati e riveduti per il finanziamento integrale della spesa relativa alle funzioni fondamentali e dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), anche in correlazione alle entrate standard di cui devono disporre gli enti”⁶⁶.

È ipotizzabile, infatti, solo per fare qualche per esempio, che le attività di pianificazione, programmazione ed organizzazione di servizi pubblici a rete di interesse metropolitano, (si pensi al ciclo integrato dei rifiuti, con l'obiettivo di *rifiuti zero*), attraverso le quali la Città metropolitana promuove politiche sociali di prevenzione nella produzione di rifiuti e di recupero, anche attraverso la realizzazione di una rete impiantistica, sia concretamente compressa dall'estremo ampliamento dei poteri legislativi regionali in materia «di

⁶⁴ Si pensi a quelle funzioni tecnico-amministrative che la legge Delrio attribuisce alle Città metropolitane in materia di predisposizione dei documenti di gara per la fornitura di servizi pubblici locali; la materia già comprende una tale vasta e variegata complessità di fasi, dalla predisposizione di modelli per la presentazione delle offerte, alla definizione di dati tecnici fino alla predisposizione di bandi, cui la Città metropolitane, stante la generica attribuzione del legislatore, pare intervenire unicamente *in assistenza*.

⁶⁵ A. Lucarelli, F. Fabrizi e D. Mone (a cura di), *Gli statuti delle Città metropolitane*, Napoli, 2015.

⁶⁶ G. Marchetti, *Il regionalismo differenziato e le ricadute sugli enti locali*, in *Atti del Convegno Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, Milano, 8 ottobre 2019, p. 87.

pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno» dal d.d.l. Calderoli, posta la competenza regionale in tema di definizione degli ATO.

Ancora, l'ipotesi di un intervento diretto e strategico da parte delle Città metropolitane riguardo al governo delle acque, nonostante si ritenga che l'attribuzione di effettive e specifiche funzioni in capo all'ente territoriale in esame dipenda unicamente dal realizzarsi della creazione di un gestore unico del servizio idrico integrato su scala metropolitana, che abbia come finalità il superamento della frammentazione che regna nella materia determinata dagli ATO e la realizzazione di un sistema di integrazioni delle reti e di programmazione degli investimenti finalizzati ad una maggiore efficienza del servizio, appare destinato a tramontare definitivamente con la proposta di legge in esame che, nelle sue linee ispiratrici in evidente contrasto con spirito del d.l. n. 133/2014, attenta alla portata precettiva del «principio di un'unicità della gestione a livello organizzativo», al fine di imporre l'esistenza di un unico gestore del servizio idrico integrato per ogni ambito ottimale territoriale.

Il verificarsi, infatti, di tale situazione di fatto aprirebbe a scenari del tutto conservativi fondati sulla eterogeneizzazione tariffaria per ambiti omogenei.

Lo stesso dicasi per i modelli di gestione dei servizi pubblici a rete.

A tal proposito, c'è da dire che in linea generale gli statuti approvati, sulla scia anche di una importante decisione del supremo giudice amministrativo⁶⁷, prevedono, nel pieno rispetto delle indicazioni del legislatore statale, di limitare il ricorso alle società pubbliche o al limite di aggregarle al fine di un contenimento dei costi di funzionamento, escludendo, così, nel settore dell'acquisizione di beni e servizi strumentali l'affidamento diretto del servizio, che di fatto si tradurrebbe nella creazione di posizioni di vantaggio economico nel mercato a favore dell'impresa *in house*. Quest'ultima, infatti, presentandosi particolarmente competitiva, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso.

La scelta di tale modello di gestione è sembrata opportuna in quanto la proposta di enti e di società strumentali deve essere coerente con le finalità della Città metropolitana, le quali, a loro volta, non possono divergere dalla legge n. 56/2014. Ciò è stato possibile grazie anche ad una serie di intese o ad altri strumenti di programmazione negoziata realizzatisi in seno alla Conferenza Stato Città ed autonomie locali che concordano principali azioni e progetti di

⁶⁷ Consiglio di Stato, sent. n. 2291/2015.

interesse della Città metropolitana, per il sostegno e lo sviluppo socio-economico sostenibile del territorio di competenza.

Niente di tutto ciò sembra realizzarsi con la proposta di legge governativa, dalla quale ne esce un ente regionale ben lontano da quello dotato sì di competenza legislativa, ma immaginato con compiti fondamentalmente di programmazione e non di gestione.

Del resto, se può essere contestato che la Città metropolitana sia ente presupposto e creato direttamente dal legislatore statale, con la conseguente marginalizzazione delle competenze delle regioni che diversamente conserverebbero nel quadro della Costituzione riformata, strumenti importanti di intervento e di controllo dell'area vasta non metropolitana, è altrettanto indubbio che la Città metropolitana non può essere relegata, come sembra, a ente di interesse meramente regionale.

Il rapporto che si cagiona tra Regioni e Città metropolitane, infatti, rileva fattori che mutano e che si pongono nelle specifiche realtà secondo schemi anche particolarmente diversi, che si concreta in un sistema eterogeneo, potenzialmente conflittuale, che soprattutto il legislatore statale deve saper monitorare, altrimenti quel mosaico faticosamente composto in questi anni, frutto di un percorso molto elaborato di ampia concertazione tra Stato, Regioni ed enti locali, rischia di scomporsi, molto probabilmente proprio ad opera dello *spericolato centralismo regionale* proposto dal disegno di legge Calderoli.

4. Riflessioni conclusive.

Sul processo di attuazione del regionalismo differenziato, così come congegnato sia dalla bozza informale sia dal disegno di legge governativo, pendono non pochi problemi di fondo.

In primis, è opportuno sottolineare che il trasferimento indistinto di competenze dallo Stato verso le Regioni situate nelle aree economicamente più forti del Paese, al solo fine di drenare risorse, sembra non solo non trovare nessun fondamento costituzionale, ma mortifica un *valore* costituzionale assolutamente primario, qual è la solidarietà. Del resto, non sembra affatto superfluo affermare che l'interesse, – in termini sia quantitativi, che qualitativi – che il sistema costituzionale riconosce proprio all'area della solidarietà rappresenta la cartina di tornasole del suo porsi come Stato sociale, se non forse la garanzia della cifra democratica dell'ordinamento.

Nella prospettiva disegnata, pertanto, ogni iniziativa che riguarda l'attivazione di un regionalismo differenziato dovrebbe basarsi sui criteri della cooperazione e della coesione sociale, al fine di rendere equivalenti le condizioni di vita tra le diverse componenti dello Stato regionale.

In secondo luogo, va rilevato l'effettiva marginalizzazione del ruolo del Parlamento nel processo di autonomia differenziata, in quanto l'intesa, non essendo trasfusa nel testo di legge⁶⁸, rende chiaro che la procedura supposta dal disegno di legge non consente l'approvazione di modifiche parlamentari ad essa.

La proposta di legge del Governo, infatti, sembra configurare, in buona sostanza, una legge di mera ratifica, al pari delle leggi che approvano le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, contribuendo a rendere più incerto la sequenza che conduce alla decisione di differenziazione e a favorire sempre maggiormente il fenomeno della *tecnicizzazione* delle scelte politiche.

Quanto, invece, sarebbe preferibile approntare una procedura di indirizzo ad hoc, che permetta al Parlamento un'opportuna istruttoria rispetto a complessi testi come quelli che integrano le intese di cui si parla, coinvolgendo preventivamente anche le Commissioni di merito interessate e la Commissione bicamerale per le questioni regionali⁶⁹. Proprio a proposito di quest'ultima, essa potrebbe raccogliere i pareri delle singole Commissioni per poi preparare un unico parere da presentare a Camera e Senato, che si pronuncerebbero in via definitiva disgiuntamente.

La procedura appena delineata, nonostante si presenti maggiormente complessa rispetto a quella attualmente prevista dai Regolamenti parlamentari per gli atti di indirizzo, appare necessaria per garantire la tangibilità della partecipazione parlamentare ad atti di una complessità così elevata come quella che delinearà fatidicamente le intese⁷⁰.

Una ulteriore considerazione va fatta in riferimento al sistema di finanziamento dell'autonomia differenziata che è stato congegnato in modo da porsi in evidente contrasto con l'art. 119 Cost., e, segnatamente, con il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse secondo cui le funzioni

⁶⁸ In questo senso, M. Podetta, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in *Consulta on line*, n. 2/2023, p. 356.

⁶⁹ Sul punto L. Spadaccini, *L'autonomia indifferenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni di bilancio per il 2023*, in *federalismi*, n. 10/2023, p. 221.

⁷⁰ G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., p. 1 ss.

riservate agli enti locali sono finanziate con tributi propri, compartecipazione al gettito di tributi erariali riferibile al territorio regionale, fondi perequativi⁷¹.

Nell'ambito di quanto appena sottolineato, s'incentra la questione dei Lep e di come non appare prioritario per il progetto governativo la preliminare determinazione degli stessi. Il disegno di legge approvato dal Governo il 16 marzo 2023 prevede che il trasferimento delle funzioni potrà essere «effettuato solo dopo la determinazione dei [...] LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard» (art. 4, c. 1), riproducendo nella sostanza la previsione del comma 791, l. n. 197/2022⁷².

Al contrario, la predeterminazione appare uno strumento necessario al fine di ottenere l'*agognata perequazione* e la riduzione del divario economico e sociale tra le Regioni del nord e quelle del sud.

I livelli essenziali delle prestazioni, quindi, dovrebbero costituire una fondamento onde tutti i cittadini possano esigere quei diritti piuttosto che semplicemente essere metro del riparto finanziario, così come sembra alludere l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., che per garantire certi livelli di prestazione con riferimento ai diritti sociali e civili, prevede che la determinazione dei livelli essenziali è rimessa alla competenza legislativa esclusiva statale.

Quarta e ultima considerazione. Il decentramento così come ipotizzato sembra incidere anche sulle autonomie di prossimità, e soprattutto sulle Città Metropolitane, enti locali il cui ruolo, come è stato detto precedentemente, è ancora tutto da definire.

Come è noto l'autonomia, rappresenta un sistema organizzativo nei rapporti tra i differenti livelli di governo che tende ad aumentare l'efficienza amministrativa, attribuendo al livello istituzionale prossimo ai bisogni dell'individuo la titolarità delle funzioni predisposte al soddisfacimento degli stessi. Sotto questo aspetto, l'autonomia contribuisce ad attuare il principio personalistico, delineando un modello istituzionale in base al quale l'amministrazione ha il dovere di creare il benessere della comunità mediante la distribuzione di prestazioni che rispondano ad un notevole livello di qualità.

⁷¹ Cfr. F. Tigano, *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma*, in *Giustizia insieme*, 9 gennaio 2023.

⁷² *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*: «L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili [...] ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP)».

Si ha l'impressione, invece, che il modello di regionalismo asimmetrico proposto si scontri proprio con il concetto di autonomia suindicato, peraltro perseguito dalla Costituzione, ingenerando, da una parte, confusione nella distribuzione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo, dall'altra, discriminazioni nelle prestazioni erogate e nell'accesso e nel godimento dei diritti sociali in base alla Regione dove si risiede⁷³.

Tutto ciò potrebbe comportare la riduzione del (già incerto) campo di operatività di funzioni delle Città metropolitane che, limitate in futuro da una legislazione regionale sempre più dettagliata, potrebbe disperdere la vera finalità attribuita loro incentrata allo sviluppo strategico del territorio. Come, per esempio, non evidenziare che la regionalizzazione della sanità mortificherebbe del tutto quella funzione riconosciuta alle Città metropolitane di raccordo tra attività socio-assistenziali sul territorio.

Il processo avviato di regionalismo differenziato non può non essere monitorato che da una regia complessiva che fissi linee predefinite (circa le materie, i tempi, le procedure, le risorse) e che concili la maggiore differenziazione anche con il livello amministrativo locale, in modo che le peculiarità delle diverse realtà territoriali vengono valorizzate nel rispetto del principio di unità e solidarietà nazionale.

A ragionare diversamente, credo che si rischi di mettere in seria discussione l'intero impianto del sistema autonomistico consolidatosi nel nostro sistema costituzionale.

Abstract: Il presente contributo cercherà di analizzare uno degli aspetti più innovativi, e, al contempo, più controversi della riforma del Titolo V della Costituzione, qual è il c.d. regionalismo differenziato, di cui all'art. 116, c. 3, e che il disegno di legge Calderoli (ora Atto Senato n. 615), in cui si indicano le procedure con cui dovrebbe attuarsi l'autonomia differenziata, ne ha riaperto, dopo l'irrimediabile rallentamento dovuto all'emergenza pandemica, il dibattito scientifico. Non mancando, tuttavia, di constatare come il dibattito sull'autonomia differenziata, oltre a incentrarsi sul complesso rapporto tra competenze legislative dello Stato e delle Regioni, non possa non tener conto, nell'ambito di un ragionamento più articolato, anche della centralità strategica degli enti locali minori, e, in particolare, delle Città metropolitane, quest'ultime ancora alla ricerca di un loro definitivo ruolo politico-amministrativo.

⁷³ Si veda M. Belletti, *La dimensione regionale e locale dei diritti*, in *Diritti e doveri*, Torino, p. 762 ss.

Abstract: This contribution will try to analyze one of the most innovative and, at the same time, most controversial aspects of the reform of Title V of the Constitution, which is the so-called differentiated regionalism, pursuant to art. 116, paragraph 3, and that the Calderoli bill (now Senate Act n. 615), which indicates the procedures with which differentiated autonomy should be implemented, has rekindled it, after the irremediable slowdown due to the pandemic emergency the scientific debate. Not failing, however, to note how the debate on differentiated autonomy, in addition to focusing on the complex relationship between the legislative competences of the State and the Regions, cannot fail to take into account, in the context of a more articulated reasoning, also the strategic centrality of minor local authorities, and, in particular, of the metropolitan cities, the latter still looking for their definitive political-administrative role.

Parole chiave: Costituzione – autonomia differenziata – processi decisionali – livelli essenziali prestazioni – Città metropolitane.

Key words: Constitution – differentiated autonomy – decision making processes – performances levels – metropolitan cities.

L'ERGASTOLO OSTATIVO E IL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO NEL DIALOGO TRA LE CORTI *.

di Luigi Ferraro **

Sommario. 1. Introduzione. – 2.1. L'art. 4-bis, ord. pen., al vaglio della Corte di Strasburgo (segue...) – 2.2. (...) e della Corte costituzionale. – 3. Il decreto legge n. 162/2022 e il problematico bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti. – 4.1. Il sovraffollamento carcerario nella giurisprudenza della Corte EDU (segue...) – 4.2. (...) e all'attenzione anche della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana. – 5. La dignità della persona tra sovraffollamento carcerario ed ergastolo ostativo. Alcune considerazioni conclusive.

135

1. Introduzione.

Il presente contributo intende esaminare taluni profili del trattamento penitenziario, in particolare quelli legati al sovraffollamento carcerario e alla pena dell'ergastolo ostativo, quest'ultima quale possibile conseguenza dei delitti di cui all'art. 4-bis, della legge n. 354/1975 (da ora in poi anche ord. pen.). La loro importanza, del resto, è testimoniata dalla nutrita giurisprudenza che li riguarda – di livello internazionale, sovranazionale e costituzionale (almeno per ciò che è oggetto di nostro interesse) – e che contribuisce a definirne i contorni soprattutto negli aspetti problematici, i quali hanno sollecitato di recente l'intervento del decisore politico, in particolare sui cc.dd. reati ostativi con il decreto legge n. 162/2022.

I noti parametri normativi di riferimento sono rappresentati dall'art. 3 CEDU, per cui «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», e dall'art. 27, c. 3, Cost., a mente del quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Tali disposizioni di rango convenzionale e costituzionale rappresentano il fondamento giuridico necessario alla valutazione dei reati ostativi e del sovraffollamento delle carceri, in quanto esplicitano gli aspetti assiologici di riferimento. Emergono, seppure in una visione unitaria, da un lato la funzione rieducativa della pena, dall'altro il tassativo divieto di trattamenti

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto pubblico comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

inumani o degradanti, cui si aggiunge, poi, relativamente alla pena dell'ergastolo ostativo, la finalità di sicurezza sociale.

Tuttavia, nelle dinamiche trattamentali va registrata la possibilità di un conflitto tra questi principi, il che impone un loro problematico, ma necessario bilanciamento, sempre tenendo conto dei valori di fondo espressi, rispettivamente, dalla CEDU e dalla nostra Carta costituzionale.

A tal riguardo, è significativa la formulazione dell'art. 1, cc. 1 e 2, legge n. 354/1975 (ord. pen.), in cui, per l'appunto, proprio nelle disposizioni inaugurali della normativa sull'ordinamento penitenziario vi è un esplicito richiamo tanto ai valori costituzionali, quanto a quelli convenzionali di riferimento, per cui: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione» (1° co.). «Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (2° co.).

Naturalmente, i parametri normativi di riferimento a tutela dei detenuti non si esauriscono, pur rappresentandone il fulcro, nei citati art. 27, c. 3, Cost., e nell'art. 3 CEDU, dal momento che devono essere richiamati, a livello interno, anche l'art. 13 Cost., in particolare sulla punibilità di ogni tipo di violenza sulle persone detenute, e gli artt. 5 e 8 CEDU, per cui la privazione della libertà personale e l'ingerenza nella vita privata e familiare devono avvenire nei modi e nei casi previsti dalla Convenzione e dalla legge¹. In tale contesto normativo è utile, allora, esaminare la corposa giurisprudenza relativa al sovraffollamento carcerario e all'art. 4-*bis*, ord. pen. – rubricato come «divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti» – in quanto si è maturato su questi argomenti un dialogo significativo tra le Corti, tanto quella costituzionale, quanto quelle internazionali e sovranazionali². Solo attraverso l'analisi di

¹ Sul punto, cfr. A. Menghini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Diritto penale e processo*, n. 1/2017, p. 124.

² In tema di ergastolo ostativo, in una prospettiva generale, cfr., *ex multis*, M. Ruotolo, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena*, Atti del seminario Ferrara, 25 settembre 2020, *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 4/2020, p. 1 ss.

tale dialogo si potrà evidentemente meglio comprendere la novella normativa di recente intervenuta, che ne recepisce gli indirizzi e di cui si tratterà più avanti.

2.1. L'art. 4-bis, ord. pen., al vaglio della Corte di Strasburgo (segue...)

Partendo dall'ergastolo ostativo e prima di entrare nello specifico del tema, pare opportuno richiamare preventivamente la giurisprudenza della Corte EDU che ha esaminato la legittimità – in via generale – della pena dell'ergastolo. Tale Alto Giudice ha sostenuto che, ai fini della conformità con l'art. 3 CEDU, «una pena perpetua deve offrire sia una possibilità di liberazione che una possibilità di riesame». Infatti, non è immutabile il bilanciamento tra le diverse finalità alla base della pena perpetua, cioè quelle di repressione, di dissuasione, di tutela della sicurezza pubblica e di reinserimento sociale del condannato, ma lo stesso bilanciamento può evolvere durante l'esecuzione della pena, il che impone un riesame dei motivi che hanno giustificato tale trattamento penitenziario. A ciò si aggiunga che «una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare», mentre ai detenuti – sempre in una interpretazione convenzionalmente orientata – «deve essere data la possibilità di correggersi e la prospettiva di essere liberati»³. Secondo la Corte di Strasburgo l'interpretazione dell'art. 3 CEDU impone che le pene perpetue siano riducibili, «ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto»⁴.

Tale indirizzo giurisprudenziale si muove nella prospettiva di concedere ai condannati la possibilità di riabilitarsi; in particolare, gli ergastolani devono essere messi nelle condizioni, compatibilmente con l'ambiente carcerario, di potersi rieducare riscattandosi dall'errore commesso, al fine «d'espérer pouvoir un jour bénéficier d'une libération conditionnelle», il che significa anche prevenire la possibilità di recidiva e, quindi, di

³ I diversi riferimenti testuali sono a Corte EDU, 9 luglio 2013, ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, *Vinter e altri c. Regno Unito*, par. 110-114; v. anche Corte EDU, 12 febbraio 2008, ricorso n. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*.

⁴ Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., par. 119. Sull'obiettivo del reinserimento sociale da parte del detenuto, Corte EDU, 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362, *Dickson c. Regno Unito*.

proteggere la società⁵.

Passando ora alla nota sentenza *Viola c. Italia* che affronta analiticamente il delicato argomento dell'ergastolo ostativo prima della riforma del d.l. n. 162/2022, la Corte di Strasburgo – dopo aver ricordato le condizioni di conformità della pena perpetua all'art. 3 CEDU – non ha mancato di evidenziare nell'ambito del sistema penitenziario italiano il principio della progressione trattamentale, «secondo il quale la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo possono produrre degli effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società». In questo contesto il sistema carcerario offre al detenuto il beneficio «di misure progressive», con l'obiettivo di «accompagnarlo nel suo cammino verso l'uscita»⁶.

Ciò premesso, la Corte EDU si è soffermata ad esaminare l'istituto dell'ergastolo ostativo, riconducibile nell'ordinamento italiano alla previgente formulazione dell'art. 4-*bis*, legge n. 354/1975, per cui in riferimento a taluni delitti⁷ potevano essere concessi al recluso i benefici dell'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e «le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI» *solo* nei casi di sua collaborazione con la giustizia (1° co.). Relativamente a tale formulazione normativa, il giudice di Strasburgo ha dubitato sia della libera scelta di collaborare offerta dall'ordinamento al detenuto, sia dell'equivalenza concettuale tra l'assenza di collaborazione e la pericolosità sociale manifestata dal condannato.

Sotto il primo profilo, l'Alta Corte sostiene che la mancata collaborazione non sempre è da

⁵ Corte EDU, 26 aprile 2016, ricorso n. 10511/10, *Affaire Murray c. Pays-Bas*, parr. 102-103; Corte EDU, 8 ottobre 2014, ricorsi n. 15018/11 e n. 61199/12, *Case of Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*. V. Zagrebelsky, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2022, p. 24, evidenzia che “in assenza di una espressa indicazione nella Convenzione europea dei diritti umani, la Corte europea ha tratto lo scopo della pena dall'indirizzo emergente dei sistemi giuridici europei. [...]. In particolare la Corte europea trae la finalità della risocializzazione da considerazioni corrispondenti a quelle su cui si fonda la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27 Cost. [italiana] e sviluppata nella giurisprudenza della Corte costituzionale”. Tuttavia, M. Caterini, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, in *La legislazione penale*, 4 maggio 2020, p. 8, non manca di sottolineare come nella giurisprudenza di Strasburgo sia rimasto ancora vago il concetto di comprimibilità della pena dell'ergastolo, affidandosi sul punto ad una eccessiva discrezionalità degli Stati aderenti; cfr., anche, sulla sent. *Vinter e altri c. Regno Unito*, N. Rombi, *Dopo il caso “Viola” nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2020, p. 566 ss. Infine, per una valutazione assiologica sulla pena dell'ergastolo, cfr. G.M. Flick, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 1 ss., e per un'analisi comparata sulla medesima pena, cfr. L. Cianci, *Profili comparatistici sulla pena detentiva perpetua: prospettive legislative e costituzionali*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 81 ss.

⁶ Corte EDU, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia*, par. 111; anche Corte EDU, *Affaire Murray c. Pays-Bas*, cit., par. 101.

⁷ Tra i più importanti quelli commessi per finalità di terrorismo (anche internazionale) e quelli di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis*, cod. pen.).

collegarsi «ad una scelta libera e volontaria, né [è] giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai 'valori criminali' e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza», dal momento che il detenuto potrebbe essere costretto a non collaborare «per non dover subire reazioni violente da parte dei vecchi associati». Circa il secondo profilo, invece, si sottolinea che «l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale» può «non corrispondere al reale percorso rieducativo» del condannato, in quanto si devono tenere nel debito conto anche gli «altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti» dall'interessato, perché non è da escludere «che la dissociazione con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia»⁸.

La Corte EDU ha evidenziato, pertanto, come l'assenza della collaborazione con gli organi inquirenti da parte del condannato abbia determinato per il legislatore italiano – prima della riforma – una *presunzione assoluta* di pericolosità, escludendo l'opportunità di godere dei benefici trattamentali, il che significa l'impossibilità per il recluso di potersi riscattare e, quindi, il venir meno di ogni prospettiva di liberazione, rimanendo immutata la sua punizione⁹. La previgente configurazione da parte dell'art. 4-*bis* di una presunzione assoluta, allora, non lasciava spazio al detenuto di dimostrare, nonostante la mancata collaborazione, l'eventuale insussistenza di motivi legittimi di ordine penale «a giustificazione del suo mantenimento in detenzione», così come impediva al giudice competente «di considerare se, nel corso dell'esecuzione della pena, il ricorrente [...] [si fosse] evoluto e progredito così tanto nel percorso di cambiamento» da non giustificare più lo stato di detenzione¹⁰. Tutto ciò, a giudizio della Corte di Strasburgo, non è conforme all'art. 3 CEDU, poiché la disciplina italiana di quel momento – nell'equiparare la mancanza di collaborazione con «la presunzione assoluta di pericolosità sociale» del detenuto – cristallizzava tale pericolosità al momento di commissione dei delitti, senza

⁸ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., parr. 116-121.

⁹ Cfr. S. Talini, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, p. 933, secondo cui, a fronte della presunzione assoluta di pericolosità sociale, così come configurata dall'art. 4-*bis*, ord. pen., «ciò che deve necessariamente assumere tale carattere di assolutezza è, al contrario, il rispetto dell'art. 3 della Convenzione che impone un'inderogabile garanzia dei principi di umanità e risocializzazione in riferimento a ogni persona sottoposta ad esecuzione penale». Per ulteriori commenti a tale decisione della Corte EDU, cfr. F. Polegri, *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2020, p. 174 ss.; N. Rombi, *Dopo il caso "Viola" nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 567 s.; D. Galliani e A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 24 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., parr. 127-129.

«tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi» compiuti dal condannato durante il periodo di detenzione già espiato¹¹.

Pertanto, la conclusione della Corte EDU è quella per cui l'ergastolo ostativo comminato in forza dell'art. 4-*bis*, ord. pen., «limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena», così che tale pena perpetua «non può essere qualificata [...] comprimibile», come invece potrebbe avvenire, ricorrendone le condizioni, ai sensi dell'art. 3 CEDU¹². In tal modo la Corte di Strasburgo sancisce “per la prima volta espressamente [...] l'irrinunciabilità del principio rieducativo” anche con riferimento all'ergastolo ostativo¹³.

2.2. (...) e della Corte costituzionale.

Il precedente disposto dell'art. 4-*bis*, ord. pen., è passato poi in più occasioni anche al vaglio della Corte costituzionale italiana, da ultimo con esiti differenti rispetto al passato. Nella originaria sentenza n. 306/1993 la Consulta ha dapprima evidenziato che se da un lato si può «presumere che chi [...] presta [la collaborazione] si sia dissociato dalla criminalità», con un più agevole reinserimento sotto il profilo sociale, dall'altro, però, l'assenza di collaborazione non significa necessariamente «che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale». Difatti, la decisione di non procedere alla collaborazione può essere l'effetto di una «incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari»¹⁴.

Ciò nonostante, la Consulta in quella decisione ha proceduto comunque al rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* nella parte indubbiata, mantenendo ferma la presunzione assoluta della non collaborazione quale indice del persistente legame dell'interessato con la criminalità organizzata. Il giudice delle leggi parte dalla

¹¹ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., par. 128.

¹² Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., par. 137. Ancora, per un commento completo a tale pronuncia, cfr. A. Catani, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 437 ss., il quale evidenzia, nel giudicato della Corte EDU, come la mancanza di collaborazione da parte dell'ergastolano e la relativa presunzione assoluta di pericolosità gli escluderebbero ogni prospettiva di liberazione.

¹³ Così S. Talini, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, cit., p. 932.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 306/1993, punto 13 del *Considerato in diritto*.

considerazione che tra le diverse finalità costituzionalmente attribuite alla pena «non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione». Pertanto, «appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare la finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia», per di più con la possibilità per gli stessi di perseguire comunque un programma di rieducazione, così da preservare in ogni caso la finalità rieducativa della pena¹⁵.

Allo stesso tempo, con la successiva sentenza n. 273/2001 la Consulta ha confermato, ribadendo l'indirizzo della decisione precedente, che la collaborazione con gli organi inquirenti è la testimonianza più fedele dell'abbandono del sodalizio criminale da parte del condannato e tale opzione è in sintonia, ancora una volta, con la funzione di rieducazione della pena, «perché è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare». Con la disciplina dell'ergastolo ostativo il legislatore identifica nella collaborazione la manifestazione della «rottura dei collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza», così che, al contrario, la mancata collaborazione è valutata «come indice legale della persistenza dei collegamenti» con il sodalizio criminale e, quindi, «della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato»¹⁶.

Poco dopo, la Corte costituzionale, nel nuovo giudicato n. 135/2003, ha nuovamente rigettato la questione di legittimità dell'art. 4-*bis*, ord. pen., nella parte impugnata, evidenziando sempre il valore della libera scelta collaborativa da parte del condannato, nel senso che un comportamento ritenuto «condizionante l'applicazione di istituti costituzionalmente rilevanti, non può che essere frutto di una libera scelta dell'interessato»; pertanto, «la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia». In questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, l'opzione di non collaborare rappresenta un «criterio legale di valutazione di un comportamento» utile ad accertare il mancato pentimento del reo¹⁷.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 306/1993, punti 10 e 11 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 273/2001, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 135/2003, punto 4 del *Considerato in diritto*. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale ora richiamata in materia di ergastolo ostativo, cfr. A. Catani, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, cit., p. 434 ss.; A. Leggiero, *Ancora una questione di costituzionalità*

L'orientamento giurisprudenziale della Consulta è, però, mutato con la più recente sentenza n. 253/2019. In via preliminare il giudice delle leggi ha ribadito che dall'art. 4-bis, c. 1, ord. pen., prima della recente riforma, emergeva chiaramente una presunzione assoluta circa il persistente legame del condannato con la criminalità organizzata, nel senso che essa si sarebbe potuta superare solo con un comportamento collaborativo, funzionale poi al godimento dei benefici penitenziari a favore del recluso. Naturalmente, nel caso di mancata collaborazione sarebbero stati inibiti tali benefici e ciò comportava, secondo la visione problematica della Corte, «una 'rilevante compressione' della finalità rieducativa della pena»¹⁸.

La presunzione assoluta nel caso di mancato comportamento collaborativo «impedisce di valutare [in concreto] il percorso carcerario del condannato», il che si pone «in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale», ex art. 27, c. 3, Cost. La stessa presunzione assoluta, invece, può essere «contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza»¹⁹. Nelle pene di lunga durata, infatti, assume un carattere rilevante il trascorrere del tempo, dal momento che esso può favorire significative evoluzioni tanto «della personalità del detenuto», quanto «del contesto esterno al carcere», sicché sarebbe ragionevole – nel rinnovato ragionamento della Corte costituzionale – riconoscere un «*carattere relativo* (corsivo nostro) alla

concernente l'ergastolo ostativo, in *Rivista penale*, n. 3/2021, p. 237 ss. In particolare, F. Polegri, *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia*, cit., p. 175, sottolinea come molta parte della dottrina italiana abbia ravvisato «una certa forzatura nel ritenere la collaborazione quale unico elemento indicatore del ravvedimento e della rieducabilità del detenuto: si tratterebbe in realtà di un meccanismo di preclusione automatica nei confronti del reo».

¹⁸ Corte cost., sent. n. 253/2019, punti 7.2 e 7.3 del *Considerato in diritto*. Per un commento generale a tale decisione, cfr. M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019; M. Cerase, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perlessità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020; V. Musacchio e A. Di Tullio D'Elisiis, *Ergastolo ostativo: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Rivista penale*, n. 1/2020, p. 22 ss. Opportunamente A. Pugiotto, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, n. 4/2020, p. 399, precisa che «la sentenza non riguarda esclusivamente i condannati al c.d. ergastolo ostativo, ma chiunque abbia subito una condanna [...] per uno dei reati inclusi nella frastagliata e fantasiosa *black list* del comma 1 dell'art. 4-bis». Tuttavia, A. Catani, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, cit., p. 446, non manca di rilevare come il giudicato della Consulta, seppure sia stato accolto positivamente dalla maggioranza della dottrina, abbia, invece, raccolto non poche riserve di una parte della magistratura, quella maggiormente impegnata nella lotta alla mafia, già contraria alla precedente decisione della Corte EDU, *Viola c. Italia*.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

presunzione di pericolosità posta a base del divieto di concessione del permesso premio», quale beneficio penitenziario direttamente invocato nella fattispecie posta all'attenzione della Consulta²⁰.

In ogni caso, poiché il vincolo con l'associazione criminale potrebbe rimanere inalterato nonostante il trascorrere del tempo e la mancata collaborazione del reo potrebbe effettivamente esserne la naturale conseguenza, allora la sua rinnovata configurazione quale presunzione relativa – e non più assoluta – può essere alla fine vinta solo da «accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». Tutto ciò dovrà essere valutato *in primis* dalla magistratura di sorveglianza con «criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»²¹.

In ragione di quanto illustrato, allora, il giudice delle leggi, con un *revirement* rispetto al passato, ha dichiarato l'incostituzionalità del precedente art. 4-*bis*, ord. pen., nella parte in cui non prevedeva – ad esempio a favore dei condannati per i delitti di associazione di tipo mafioso – il riconoscimento dei permessi premio pur in assenza di una collaborazione con l'autorità giudiziaria, sempre che siano «acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti» da parte del reo²². Con tale decisione la Consulta non ha considerato incostituzionale la presunzione in sé, quanto quella assoluta, che invece deve cedere il passo a favore della presunzione relativa, che a sua volta può essere vinta unicamente dinanzi ad accadimenti, relativi al condannato, da valutare sempre con estremo rigore.

Tale indirizzo giurisprudenziale è stato confermato ancora più di recente dall'ordinanza n. 97/2021, della stessa Corte costituzionale. In quest'ultima fattispecie all'esame della Consulta la norma indubbiata è sempre l'art. 4-*bis*, ord. pen., circa la disciplina restrittiva in tema di benefici penitenziari, ma con particolare riguardo, questa volta, alla sua estensione, attraverso l'art. 2, d.l. n. 152/1991, alla disciplina della liberazione condizionale, nel senso di escluderla nei riguardi del «condannato all'ergastolo, per delitti di 'contesto' mafioso, che non collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato

²⁰ Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

²¹ Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 9 del *Considerato in diritto*, dove si precisa ulteriormente che «il regime probatorio rafforzato [...] deve altresì estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali».

²² Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

ventisei anni di carcere»²³.

Il giudice delle leggi, richiamandosi espressamente alla sua precedente decisione n. 253/2019 e, ancor prima, alla sentenza *Viola c. Italia* della Corte EDU, conferma la valutazione di irragionevolezza circa la presunzione assoluta che emerge dalla più volte richiamata disciplina legislativa, «perché si basa su una generalizzazione che i dati dell'esperienza possono smentire»²⁴. A questo si aggiunge la rinnovata contestazione da parte della Consulta circa la libertà di scelta nella collaborazione, in quanto il condannato all'ergastolo ostativo si trova dinanzi ad un'opzione di «portata drammatica», cioè «tra la possibilità di riacquisire la libertà e il suo contrario», caratterizzato da una reclusione senza fine. Tutto ciò appalesa la contrarietà della disciplina al dettato costituzionale, poiché la collaborazione risulta l'unica soluzione possibile a favore dell'ergastolano per godere della liberazione condizionale, senza che vi sia alcuno spazio per dimostrare, seppure in modo rigoroso, un avvenuto percorso rieducativo, a prescindere dalla collaborazione²⁵.

Rispetto al precedente giudicato del 2019 dove era in discussione la *semplice* concessione come beneficio di un permesso premio, ora, invece, è stato sottoposto all'attenzione della Consulta il «ben diverso istituto che determina, all'esito positivo del periodo di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà». Il giudice delle leggi è consapevole che il condannato possa persistere nella sua fedeltà al sodalizio criminale, proprio per le caratteristiche tipiche dell'associazione mafiosa²⁶. Ciò nonostante ribadisce come la presunzione di tali legami debba comunque considerarsi relativa, non «superabile [...] certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo», quanto piuttosto sarà ulteriormente «necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi» capaci di escludere tanto l'attualità dei legami dell'ergastolano con l'organizzazione criminale, quanto il rischio di un loro successivo

²³ Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 2 del *Considerato in diritto*. A seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 162/2022, cui si farà più ampio riferimento a breve, è stato disposto che i condannati per i delitti indicati, tra gli altri, dal c. 1, dell'art. 4-bis, ord. pen., possono godere della liberazione condizionale se «hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea o almeno trenta anni di pena, quando vi è stata condanna all'ergastolo» (art. 2, c. 1, lett. b), d.l. n. 162/2022). Sul punto, v. A. Ricci, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 11/2022; sul limite temporale dei trenta anni avanza rilievi di illegittimità costituzionale E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, in *Sistema Penale*, 7 novembre 2022, p. 7 ss.

²⁴ Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Corte cost., ord. n. 97/2021, *ibidem*.

²⁶ Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 8 del *Considerato in diritto*. Sulla distinzione tra il permesso premio e la liberazione condizionale, quali istituti «di conio normativo e spessore dogmatico completamente diversi», cfr. A. Leggiero, *Ancora una questione di costituzionalità concernente l'ergastolo ostativo*, cit., 239 ss.

ripristino²⁷.

In questo caso, però, la Corte costituzionale non è pervenuta ad una decisione definitiva di illegittimità, dal momento che appartiene alla discrezionalità di indirizzo politico del Parlamento – dice la Consulta – «decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani», cui ovviamente si aggiungerebbe la soluzione di cancellare la collaborazione quale unica via utile per ottenere la liberazione condizionale²⁸. Pertanto, con l'ordinanza n. 97/2021, seguita poi dall'ordinanza n. 122/2022, la Consulta ha proceduto ad un duplice e susseguente rinvio relativo alla trattazione delle questioni di legittimità in oggetto, in attesa dell'intervento normativo sul tema *de quo* che si è concretizzato di recente con il decreto legge n. 162/2022, di poi convertito nella legge n. 199/2022, che prova a risolvere il problema dei delitti ostativi²⁹.

3. Il decreto legge n. 162/2022 e il problematico bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti.

Con il decreto legge n. 162/2022 il decisore politico è intervenuto direttamente, attraverso integrazioni normative, sull'art. 4-*bis*, ord. pen., per accogliere le sollecitazioni della Corte

²⁷ Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 9 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Corte cost., ord. n. 97/2021, *ibidem*; è opportuno precisare che il giudice *a quo*, nel caso la Corte di cassazione, ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale «con stretta aderenza al caso di specie», cioè con riferimento ai soli delitti di contesto mafioso (punto 10 del *Considerato in diritto*).

²⁹ Si consideri, infine, che, se la Corte avesse proceduto direttamente ad una decisione di accoglimento della suddetta questione, tenendo conto del già avvenuto riconoscimento del permesso premio a seguito della sent. n. 253/2019, sarebbero derivati profili di incoerenza dalla concessione ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis*, pur non collaboranti, della liberazione condizionale, a fronte delle altre misure alternative (lavoro all'esterno e semilibertà), «cioè proprio [...] [delle] misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà» (Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 10 del *Considerato in diritto*). Relativamente a tale ordinanza, M. Ruotolo, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022, p. 1, ha sostenuto che «l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo è ormai accertata, anche se non dichiarata, proprio per dare al legislatore 'un congruo tempo' [...] per 'affrontare la materia'»; sul punto, in termini critici v. 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 ss., cfr., anche, M. Mengozzi, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021. Per completezza è utile ricordare anche Corte cost., ord. n. 227/2022, laddove, in riferimento a tale vicenda, la Consulta ha deciso di restituire gli atti al giudice *a quo*, poiché la nuova normativa ha inciso significativamente sulla disciplina interessata dal giudizio di legittimità. Secondo A. Conti, *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, in *Consulta online*, n. 2/2023, p. 519, tali ordinanze della Consulta hanno attivato un dialogo tra Parlamento e Governo, sotto il profilo delle fonti, e i giudici comuni.

costituzionale. Innanzitutto, è stato previsto – per gli aspetti di nostro interesse – il riconoscimento non solo dei permessi premio e della liberazione condizionale, ma di tutti i benefici dell'art. 4-*bis*, c. 1, a favore dei detenuti – non collaboranti – per delitti commessi, tra gli altri, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, attraverso atti di violenza, e per i delitti di associazione di tipo mafioso³⁰. La concessione dei benefici, tra cui anche la liberazione condizionale³¹, a vantaggio di tali detenuti che non hanno collaborato con la giustizia può avvenire solo se gli stessi dimostrino di aver adempiuto agli obblighi civili e agli obblighi di riparazione pecuniaria a loro carico e sempre che «allegghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata [...], nonché il *pericolo di ripristino* (corsivo nostro) di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi» (art. 4-*bis*, c. 1-*bis*)³².

Si tratta, cioè, di richiami ad elementi congrui e specifici, come indicati anche dalla Consulta, capaci di escludere da un lato, l'attualità dei legami della persona condannata con il sodalizio criminale, dall'altro il rischio di un loro successivo ripristino. La novellata disposizione continua, in quanto prevede che – sempre ai fini dei benefici penitenziari – bisogna tenere conto pure «delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione [e] della revisione critica della condotta criminosa» (art. 4-*bis*, c. 1-*bis*). È previsto, infine, che il giudice accerti eventuali iniziative del condannato a favore delle vittime «sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa» (art. 4-*bis*, c. 1-*bis*)³³.

Dalla novella normativa emerge come il decisore politico abbia sostanzialmente recepito l'indirizzo della giurisprudenza sinora richiamata, trasformando in relativa la presunzione sulla mancata collaborazione del condannato. Il senso della collaborazione è precisato, peraltro, dall'art. 58-*ter*, ord. pen., che richiede da parte del reo un fattivo impegno a favore

³⁰ Gli altri benefici in questione sono l'assegnazione al lavoro esterno e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge n. 354/1975.

³¹ Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. a), d.l. n. 162/2022.

³² Per talune valutazioni sul pericolo di ripristino, cfr. E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, cit. p. 6.

³³ Sulla normativa di riforma, cfr. A. Ricci, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 1/2023. Sulla valenza dell'intervento governativo nella materia in oggetto, v. A. Conti, *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, cit., in particolare p. 536 ss.

degli organi inquirenti, finalizzato alla «ricostruzione dei fatti e [alla] [...] individuazione o [...] cattura degli autori dei reati».

Al fine di tale trasformazione della presunzione un ruolo decisivo è stato indubbiamente svolto, prima, dalla giurisprudenza della Corte EDU, dopo, da quella della Corte costituzionale, anche in ragione delle pregnanti motivazioni che sono state addotte dalle due Alte Corti. La Corte di Strasburgo nella decisione *Marcello Viola c. Italia* per la disamina dei reati ostativi ha fatto ricorso ad un parametro normativo particolarmente significativo come l'art. 3 CEDU, che si richiama alle pene o ai trattamenti inumani o degradanti. Ciò significa invocare il principio della dignità umana, dal momento che, prima della recente riforma, il condannato all'ergastolo ostativo non collaborante sarebbe andato incontro ad una esecuzione della pena senza alcuna speranza di liberazione e senza nemmeno godere della possibilità di una valutazione da parte della magistratura del proprio percorso rieducativo³⁴. Tant'è vero che questa Corte internazionale sottolinea il valore della «dignità umana situata al centro del sistema creato dalla Convenzione» proprio con riferimento ai profili della rieducazione e, dunque, della speranza del reo di poter essere un giorno liberato dalla sua condizione di detenzione³⁵.

Nell'ambito di un sistema penitenziario convenzionalmente e costituzionalmente orientato – come confermato in proposito anche dal nostro giudice delle leggi che si richiama allo «statuto costituzionale e [...] convenzionale del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità»³⁶ – le violazioni dell'art. 3 CEDU e dell'art. 27, c. 3, Cost., andando ad intaccare il principio della dignità umana, determinano una irragionevole limitazione dei diritti fondamentali della persona che porta ad una compressione del nucleo essenziale degli stessi diritti³⁷. Ciò è conseguenza della lesione del principio di dignità, poichè quest'ultimo non rientra in un ordinario bilanciamento, piuttosto è esso stesso a presentarsi – secondo la nota metafora – come una 'bilancia' nei confronti dei principi e dei diritti fondamentali

³⁴ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., par. 113.

³⁵ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia*, cit., par. 136. Cfr. M. Caterini, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, cit., p. 8 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. 279/2013, punto 7.1 del *Considerato in diritto*. Cfr. E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 9/2014, p. 5 ss.

³⁷ Secondo L. Delli Priscoli, *Risarcimento a detenuti e internati in caso di danno da detenzione inumana e degradante: la Consulta riconosce che l'Italia si è adeguata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *La Giustizia penale*, n. 5/2017, p. 138 ss., il danno provocato da detenzione inumana o degradante “non è un danno derivante dalla semplice ‘compressione’ dei diritti fondamentali”, quanto dalla “loro compressione eccessiva, tale cioè da averne intaccato il nucleo incompressibile, lo ‘zoccolo duro’”.

eventualmente in contrasto³⁸.

Passando più nello specifico al profilo del diritto interno, è utile rammentare come la disciplina in tema di reati ostativi rientri in quegli strumenti normativi di inizi anni '90 ritenuti indispensabili per fronteggiare l'emergenza della criminalità mafiosa. In quel contesto l'esperienza maturata dagli organi inquirenti aveva suggerito al legislatore la collaborazione da parte dei condannati quale strumento indispensabile per poter ricostruire correttamente i fatti criminosi e individuare gli autori dei reati, così come previsto dall'art. 58-ter, ord. pen. Tuttavia, l'elaborazione dottrinarie e ora anche quella giurisprudenziale hanno evidenziato, in riferimento alla presunzione assoluta nei delitti ostativi, come il combinato disposto dell'assenza di ogni speranza circa la fine della pena e della mancanza di ogni valutazione sul proprio percorso rieducativo abbia una «portata drammatica» per il detenuto non collaborante, secondo il giudizio della Corte costituzionale, perché rende impossibile il recupero del reo alla vita sociale, come invece vorrebbe l'art. 27, c. 3, Cost. Ciò, del resto, è ancora più vero se si considera che tale tipo di reclusione è «accompagnata usualmente dal regime del c.d. *carcere duro* ex art. 41-bis, l. n. 354/1975», il che aggrava la difficoltà nel perseguire l'obiettivo del senso di umanità della pena e della sua funzione di rieducazione a favore del condannato³⁹.

La Consulta, sin dall'inizio, ha sostenuto una lettura unitaria dell'art. 27, c. 3, Cost., nel senso di «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità» quale indispensabile presupposto per la rieducazione del condannato⁴⁰, affermando poi con forza – in sintonia con il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente⁴¹ – che la funzione rieducativa indica «proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico», così da accompagnarla dal momento in cui «nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁴². Allo stesso tempo, il disposto costituzionale dell'art. 27, c. 3, deve essere letto in modo combinato con i precetti di cui

³⁸ Ci si richiama alla metafora della bilancia cui è ricorso G. Silvestri, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 1181.

³⁹ In tal senso, cfr. M. Caterini, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, cit., p. 4 ss.; cfr., altresì, G.L. Gatta, *Presentazione. Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4/2017, p. 1495.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 12/1966, *Considerato in diritto*.

⁴¹ Per una recente ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente teso a ribaltare una caratterizzazione della pena intesa dal regime fascista in termini di repressione, afflizione e intimidazione, cfr. L. Chieffi, *Umanizzazione della pena e rispetto della dignità in carcere, paper*, in corso di pubblicazione.

⁴² Corte cost., sent. n. 313/1990, punto 8 del *Considerato in diritto*.

agli artt. 2 e 3 Cost., per cui “il principio di umanizzazione e quello di tendenziale finalità rieducativa delle pene sono collegati inscindibilmente al principio dell’individualizzazione del trattamento penitenziario”⁴³.

In particolare, per quanto concerne la conformità a Costituzione dell’ergastolo comune, significativamente la Consulta ha affermato che l’art. 27 Cost. «non ha proscritto la pena dell’ergastolo (come avrebbe potuto fare)» quando per il legislatore essa sia «indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l’efferatezza della loro indole»⁴⁴.

Al contrario, per le ragioni espresse, la previsione di una presunzione assoluta di pericolosità in caso di ergastolo ostativo non si presenta altrettanto conforme al dettato costituzionale, in quanto la *ratio* di tale tipo di pena – cioè, come ha evidenziato il giudice delle leggi, la prevalenza assoluta delle finalità di prevenzione e di sicurezza della comunità⁴⁵ – non può considerarsi l’esito finale di un bilanciamento rispettoso della nostra Carta fondamentale.

Al fine, dunque, di un esame problematico della ponderazione tra i diversi interessi costituzionali alla base dei delitti ostativi, va sottolineato, in via preliminare e alla luce di quanto detto, che tale fattispecie deve essere analizzata nell’ottica del valore della dignità della persona umana, di cui sicuramente il condannato non deve essere sprovvisto, ai sensi dell’art. 27, c. 3, Cost. Difatti, la restrizione della libertà personale e il conseguente «assoggettamento all’organizzazione penitenziaria» non può portare al «disconoscimento delle posizioni soggettive» del reo, in quanto tale prospettiva sarebbe «estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti» *ex art. 2 Cost.*⁴⁶

⁴³ Così M. D’Amico, *Art. 27 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 574.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 264/1974, *Considerato in diritto*; cfr. A. Catani, *Il regime giuridico dell’ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo. Problematiche e prospettive*, cit., p. 432 ss.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 306/1993, punto 11 del *Considerato in diritto*; ancora A. Catani, *ult. op. cit.*, p. 434 ss. Autorevolmente G. Neppi Modona, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4/2017, p. 1509, sostiene che la giurisprudenza costituzionale, richiamando anche la sent. n. 179/2017, “ha ripetutamente messo in rilievo [...] che le esigenze securitarie di difesa sociale non debbono mai avere prevalenza assoluta su quelle di recupero e di reinserimento sociale”.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 26/1999, punto 3.1 del *Considerato in diritto*; sul punto, cfr. L. Chieffi, *Umanizzazione della pena e rispetto della dignità in carcere*, cit., ma anche F. Biondi Dal Monte, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 3, la quale sottolinea – ancora nella

I termini del bilanciamento nel caso *de quo* sono rappresentati dalla finalità rieducativa della pena e dalla pericolosità sociale dei condannati che porta ad una forte esigenza securitaria, soprattutto se si considerano i reati di associazione di tipo mafioso o quelli per finalità di terrorismo⁴⁷. Si ritiene, tuttavia, che a questi interessi costituzionalmente protetti se ne possa aggiungere uno ulteriore, rappresentato dal dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservare l'ordinamento costituzionale, in forza dell'art. 54 Cost. Invero, com'è stato sottolineato in dottrina tale dovere di fedeltà si traduce per ciascun cittadino in un "vincolo ad agire 'come membro e parte della Repubblica'"⁴⁸, il che comporta, nella fattispecie in oggetto, non solo l'obbligo di osservare la Costituzione e le leggi, ma, in senso lato, anche il dovere da parte di questi condannati di ricostruire una verità giudiziaria – e se possibile anche storica – dei fatti efferati di cui sono stati autori, affinché vi sia una memoria condivisa e correttamente ricostruita, soprattutto a favore delle future generazioni, riconoscendosi in questo modo gli estremi di un obbligo di fedeltà, sotto il profilo storico, alla nostra Repubblica.

Pertanto, se nel bilanciamento le finalità di sicurezza non possono essere considerate *assolutamente* prevalenti, mentre, di converso, la funzione rieducativa è ontologicamente connessa con la pena, allora ne consegue che proprio tale principio di rieducazione sembra rappresentare il punto da cui partire nel giudizio di bilanciamento, per misurarne la limitazione attraverso il test di proporzionalità, soprattutto dopo la novella del d.l. n. 162/2022.

Com'è noto la valutazione di proporzionalità deve svolgersi tenendo conto dei giudizi di idoneità, di necessità e di stretta proporzionalità⁴⁹. Ebbene, secondo la prima sequenza di questa valutazione trifasica è possibile sostenere che la limitazione del principio di rieducazione della pena – che si esprime oggi con la presunzione relativa del novellato art.

prospettiva indicata dalla sent. n. 26/1999 – come la detenzione non può rappresentare una condizione incompatibile "con il riconoscimento della soggettività" dei condannati.

⁴⁷ È significativo come M. Caterini, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, cit., p. 19, evidenzi che la situazione italiana "è capovolta con una pena a vita che nel bilanciamento tra pericolosità e rieducazione propende nettamente a favore della prima".

⁴⁸ Cfr. G.M. Salerno, Art. 54 Cost., in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 1079.

⁴⁹ Sul principio di proporzionalità cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6/2019, p. 907 ss.; v. anche A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 106 ss., e, se si vuole, L. Ferraro, *La sentenza Weiss e il principio di proporzionalità secondo la Corte di Lussemburgo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2021, p. 31 ss.

4-bis, vinta solo con le rigorose prove contrarie ivi previste – appare *idonea* rispetto all’obiettivo di garantire l’esigenza di sicurezza della società, soprattutto se ad essa vi aggiungiamo la necessità di una corretta ricostruzione di taluni fatti delittuosi che hanno inciso fortemente nella vita della Repubblica: si realizzerebbe, in breve, un giusto equilibrio tra *mezzo e fine*⁵⁰. Per ciò che concerne poi il giudizio di necessità, questi stessi obiettivi portano a ritenere come commisurata la suddetta limitazione, nel senso di *non andare manifestamente oltre* il risultato finale da conseguire. Infine, relativamente allo scrutinio di stretta proporzionalità, che rappresenta l’ultima fase del giudizio di proporzionalità, sembra potersi sostenere che la limitazione proposta dalla novella normativa – dietro sostanziale suggerimento della Consulta – non determini *effetti collaterali sproporzionati ed eccessivi* in relazione agli obiettivi da raggiungere. È proprio la comparazione con la previgente presunzione assoluta di pericolosità sociale a danno del non collaborante che permette di apprezzare ora la presunzione relativa come minore sacrificio possibile, ma altrettanto funzionale al raggiungimento del plurimo e contestuale obiettivo: offrire la speranza al reo di liberazione e valutarne il percorso rieducativo; garantire la sicurezza della comunità nazionale; contribuire ad una corretta ricostruzione dei fatti delittuosi di particolare impatto sociale.

Per vincere la presunzione relativa di pericolosità sociale del condannato, in caso di mancata collaborazione, l’art. 4-bis, c. 1-bis, prevede prove contrarie particolarmente rigide, come nel caso di elementi specifici che escludano l’attualità – oltre che il pericolo di ripristino – di collegamenti del reo con la criminalità (organizzata o terroristica) e con il contesto in cui è stato commesso il reato; è necessario, peraltro, che tali elementi specifici di prova siano diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta tenuta in carcere, al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione da parte dell’interessato di dissociazione dall’organizzazione criminale. È doveroso, altresì, tenere in conto le circostanze personali e ambientali, unitamente alle ragioni eventualmente addotte dal condannato per giustificare l’assenza di collaborazione.

Tali prove contrarie – per la loro rigidità che deve opportunamente giustificare la mancanza di collaborazione da parte del reo – devono essere valutate unicamente dal Tribunale di sorveglianza, come sostiene anche la Corte costituzionale⁵¹. In questo modo

⁵⁰ Sul punto cfr. M. Ortino, *Il principio di proporzionalità dell’Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 283 ss.

⁵¹ Corte cost., ord. n. 97/2021, punto 7 del *Considerato in diritto*, seppure con riferimento ad un momento precedente alla riforma legislativa.

viene riconosciuto alla magistratura il “potere-dovere” di procedere ad “una valutazione [...] individualizzata” per la concessione al condannato dei benefici trattamentali, in forza del già richiamato principio dell’individualizzazione del trattamento penitenziario⁵².

Non di meno, ancora l’art. 4-*bis*, c. 1-*bis*, statuisce che sia sempre il giudice competente ad accertare eventuali iniziative del reo “a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa”, dal momento che tale condotta può essere anch’essa indicativa dell’abbandono da parte dell’ergastolano del sodalizio criminale⁵³. In breve, il novellato disposto legislativo cerca di focalizzare gli elementi capaci di dimostrare in modo rigoroso e stringente il ravvedimento del condannato, nella prospettiva, per l’appunto, della collaborazione quale percorso non più esclusivo ai fini del conseguimento dei benefici penitenziari⁵⁴.

Il rigore delle prove contrarie, funzionali a superare la presunzione relativa a carico del detenuto non collaborante, contribuisce a definire i termini del nuovo e più equilibrato bilanciamento voluto dal legislatore a seguito della riforma; ciò non esclude che quest’ultima abbia introdotto nuovi profili problematici sul tema⁵⁵, che però rimangono tendenzialmente fuori dall’attenzione del presente contributo incentrato sui nodi della sopra citata ponderazione.

⁵² In tal senso, cfr. G. Neppi Modona, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, cit., p. 1510. Anche per N. Rombi, *Dopo il caso “Viola” nuove prospettive per un superamento dell’ergastolo ostativo*, cit., p. 572, “non vi è [più] spazio per preclusioni automatiche legate ad indici di pericolosità che privano il giudice di ogni margine di apprezzamento”; allo stesso tempo, M. Ruotolo, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., p. 14 s., evidenzia la necessità che sia il magistrato a giudicare “il processo di risocializzazione intrapreso, insieme a tutti gli altri elementi” utili a dimostrare il definitivo affrancamento del condannato dal sodalizio criminale. Tuttavia, G.L. Gatta, *Presentazione. Superare l’ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, cit., p. 1498, non manca di sottolineare, a fronte del diffuso allarme sociale, che l’ergastolo ostativo può apparire “all’opinione pubblica come un efficace strumento di contrasto”.

⁵³ Cfr. N. Rombi, *Dopo il caso “Viola” nuove prospettive per un superamento dell’ergastolo ostativo*, cit., p. 569 ss.; v., anche, A. Catani, *Il regime giuridico dell’ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo. Problematiche e prospettive*, cit., p. 440, e, nella prospettiva delle vittime, M. Chiavario, *Un’esigenza di civiltà...senza dimenticare le vittime*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4/2017, p. 1512 ss.

⁵⁴ Del resto, già la stessa Corte cost., sent. n. 306/1993, punto 9 del *Considerato in diritto*, evidenziava in termini critici «che 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».

⁵⁵ Ad esempio, A. Ricci, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, cit., p. 11, rileva, problematicamente, la realizzazione “di un sistema omogeneo ed identico di condizioni generali”, in ragione del quale si prevede la concessione di benefici trattamentali e misure alternative che sono “tra loro ontologicamente diverse per finalità ed estensione”. Al riguardo, non c’è una disciplina “di gradualità o progressività nella integrazione delle condizioni che vada di pari passo con la progressività trattamentale e il diverso grado di libertà che caratterizza le singole misure”.

4.1. Il sovraffollamento carcerario nella giurisprudenza della Corte EDU

(segue...)

Altro tema problematico affrontato dalla Corte di Strasburgo utilizzando come parametro normativo nuovamente l'art. 3 CEDU è quello del sovraffollamento carcerario. È significativo come nella causa *Sulejmanovic c. Italia* si sottolinei la necessità che le condizioni detentive siano rispettose del valore della dignità umana, nel senso di non sottoporre il reo, assicurandogli adeguate condizioni di salute, «ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione»⁵⁶. Relativamente al problema dello spazio riservato alla singola persona all'interno di una cella collettiva, il giudice internazionale sostiene che il trattamento inumano o degradante può dipendere da una serie di fattori, come, ad esempio, la possibilità (o meno) per il condannato di passeggiate all'aperto, la durata della privazione della libertà e le sue condizioni fisiche e psicologiche⁵⁷. Tuttavia, in questa decisione la Corte EDU individua il criterio generale per cui uno spazio per il recluso inferiore ai 3 m² all'interno della cella determina una violazione dell'art. 3 CEDU, mentre uno spazio variabile dai 3 ai 4 m² confligge con il divieto di trattamenti inumani o degradanti nel caso in cui si accompagni all'assenza di ventilazione e di luce⁵⁸.

Altra decisione importante è la sentenza *Torreggiani c. Italia*, in cui si evidenzia come nel nostro Paese il sovraffollamento carcerario sia un problema sistemico e strutturale, per cui la Corte intende «indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio»⁵⁹. In via preliminare, il giudice di Strasburgo afferma un principio rilevante, secondo cui «la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione», anzi, «in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione», per cui è preciso compito dello Stato, ai sensi dell'art. 3 CEDU, garantire per ogni condannato

⁵⁶ Corte EDU, 16 luglio 2009, ricorso n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*, par. 39.

⁵⁷ Anche Corte EDU, 19 luglio 2007, ricorso n. 36898/03, *Trepachkine c. Russia*, par. 92.

⁵⁸ Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., par. 41-42. L. Chieffi, *Umanizzazione della pena e rispetto della dignità in carcere*, cit., evidenzia che la riduzione degli spazi necessari per i detenuti “tradisce le finalità di umanizzazione e di rieducazione delle pene”, causando “frustrazioni” e “rabbia” dal momento che a causa di spazi così angusti sono ostacolate le “più elementari funzioni vitali di un essere umano”.

⁵⁹ Corte EDU, 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 84.

condizioni di detenzione compatibili con la dignità umana⁶⁰. Si ribadisce che uno spazio detentivo inferiore ai 3 m² è un fattore sufficiente per la violazione dell'art. 3 CEDU; allo stesso tempo, nel caso di un sovraffollamento non così grave da violare, da solo, tale disposto convenzionale, si è ritenuta necessaria l'integrazione di ulteriori elementi, come l'areazione disponibile, la qualità del riscaldamento, l'uso riservato dei servizi igienici, etc.⁶¹ In definitiva, la Corte di Strasburgo ritiene che la regola generale «in materia di spazio abitabile nelle celle collettive [...] è di quattro metri quadrati»⁶².

Particolarmente meritoria si presenta la successiva decisione *Muršić c. Croazia*, in quanto la Corte EDU perviene, come risultato finale delle precedenti decisioni, all'individuazione di principi generali in tema di sovraffollamento carcerario. Lo spazio di «3 m² di superficie calpestabile per detenuto in una cella collettiva è il criterio minimo» per non violare l'art. 3 CEDU⁶³. Quando, invece, lo spazio a disposizione è inferiore a 3 m² si integrano gli estremi di «una forte presunzione (corsivo nostro) di violazione» sempre dell'art. 3 CEDU, che può essere vinta unicamente dal concorso di tre diversi fattori, così riassumibili: le riduzioni dello spazio disponibile per un detenuto devono essere «brevi, occasionali e minori»; è necessaria una «libertà di movimento sufficiente» al di fuori della cella ed ivi integrata da adeguate attività; l'istituto di pena deve offrire comunque «condizioni di detenzione dignitose»⁶⁴. Poi, se lo spazio personale all'interno della cella è ricompreso tra i 3 e 4 m², allora si potrà configurare il trattamento inumano e degradante nel caso si aggiungano «altre cattive condizioni materiali di detenzione», come, per esempio, la mancanza di *privacy* per i servizi igienici, la preclusione nell'accesso al cortile, all'aria e alla luce naturale, le cattive condizioni igienico-sanitarie, etc.⁶⁵ Infine, quando vi è uno spazio a favore del detenuto superiore ai 4 m², diventano allora rilevanti altre condizioni come le necessità individuali dei detenuti, lo stato degli edifici, la possibilità di lavorare, le

⁶⁰ Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 65.

⁶¹ Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 67.

⁶² Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 76; anche Corte EDU, 10 gennaio 2012, ricorsi nn. 42525/07 e 60800/08, *Ananyev e altri c. Russia*, par. 144-145.

⁶³ Corte EDU, 20 ottobre 2016, ricorso n. 7334/13, *Muršić c. Croazia*, par. 136.

⁶⁴ Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, cit., par. 137-138, laddove il giudice sostiene significativamente che la forte presunzione non può «essere vinta se non ricorrono insieme» i fattori sopra citati. Sul criterio della forte presunzione v., anche, Corte EDU, *Ananyev e altri c. Russia*, cit., par. 148.

⁶⁵ Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, cit., par. 139. Secondo A. Menghini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, cit., p. 125, la fattispecie del sovraffollamento carcerario, sebbene la Corte EDU richiami in modo generale il trattamento inumano e degradante, dovrebbe più propriamente inquadrarsi nel concetto di trattamento degradante, ma non si può escludere che talune ipotesi di sovraffollamento siano invece riconducibili al trattamento inumano.

attività sportive, la possibilità di ricevere visite e la partecipazione a programmi ricreativi⁶⁶. La sentenza *Muršić c. Croazia* è importante, in quanto la Corte di Strasburgo conferma il criterio minimo, quello dei 3 m² di superficie calpestabile all'interno della cella per ogni detenuto, al di sotto del quale si integrano gli estremi per la violazione dell'art. 3 CEDU⁶⁷. La modalità di esecuzione della pena, secondo il giudice internazionale, non deve arrecare al reo un disagio o un dolore che sia superiore al «livello inevitabile di sofferenza» proprio della detenzione, il che comporta l'obbligo per lo Stato di provvedere in carcere a «condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana»⁶⁸. Ai fini della lesione dell'art. 3 CEDU il maltrattamento deve comunque raggiungere un livello minimo di gravità, a cui non si perviene necessariamente con lesioni corporali o sofferenze di tipo fisico, ma potrebbe essere sufficiente anche un trattamento che «umilia o avvilisce un individuo, denotando una mancanza di rispetto della sua dignità umana»⁶⁹.

4.2. (...) e all'attenzione anche della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana.

Il problema del sovraffollamento carcerario è stato posto all'attenzione pure della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nella sentenza *Dorobantu*, in occasione di una questione di pregiudizialità posta dal Tribunale Superiore del *Land* di Amburgo, tesa ad ottenere la corretta interpretazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali UE relativamente all'esecuzione in Germania di un mandato d'arresto europeo. Il riferimento all'art. 4 Carta di Nizza si giustifica per il suo noto contenuto, secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»⁷⁰.

Il richiamo anche alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è importante in quanto, come evidenzia lo stesso giudice europeo, gli indirizzi di tale Alta Corte contribuiscono –

⁶⁶ Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, cit., par. 140, che si richiama ai parr. 48, 53, 55, 59 e 63-64.

⁶⁷ In modo condivisibile, secondo A. Gaudieri, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una "bussola" per le scelte da compiere in periodi di emergenza sanitaria?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2020, p. 236, la sentenza *Muršić c. Croazia* ha provato a mettere ordine sul tema.

⁶⁸ Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, cit., par. 99.

⁶⁹ Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, cit., parr. 97-98. Anche, Corte EDU, 25 ottobre 2018, ricorso n. 55080/13, *Provenzano c. Italia*, par. 126; Corte EDU, 16 luglio 2015, ricorso n. 20579/12, *Ghedir e altri c. Francia*, par. 109; Corte EDU, 4 luglio 2006, ricorso n. 59450/00, *Ramirez Sanchez c. Francia*, par. 117; Corte EDU, 28 luglio 1999, ricorso n. 25803/94, *Selmouni c. Francia*, par. 100.

⁷⁰ L'art. 4 sopra citato è rubricato «Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti».

insieme alla giurisprudenza della Corte EDU – a definire l’interpretazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU⁷¹. Tuttavia, in una fattispecie di questo tipo la corrispondenza è biunivoca, dal momento che mancano, come evidenzia la CGUE, «regole minime [...] nel diritto dell’Unione» in tema di sovraffollamento carcerario, sicché tale giudice si è dovuto basare principalmente sulla giurisprudenza della Corte EDU, prendendo a riferimento, in particolare, la sentenza *Muršić c. Croazia*⁷².

La Corte di Lussemburgo, in effetti, richiama quest’ultima decisione della Corte EDU proprio relativamente alla determinazione del fattore spaziale della cella, ritenuto essenziale per la valutazione delle condizioni di detenzione. Non a caso, la CGUE evoca il criterio della «forte presunzione» della violazione dell’art. 3 CEDU allorché lo spazio personale a favore del detenuto «sia inferiore a 3 m² in una cella collettiva», con la possibilità, in modo speculare alla sentenza *Muršić c. Croazia*, di vincere tale forte presunzione con il concorso dei tre fattori già prima richiamati, cioè le riduzioni dello spazio come brevi, occasionali e minori, una sufficiente libertà di muoversi fuori la cella e le condizioni dignitose dell’istituto di pena in cui si è reclusi⁷³.

Ancora con riguardo agli ulteriori criteri dello spazio di cella a disposizione del detenuto, come quello compreso tra i 3 e i 4 m² o quello superiore ai 4 m², la CGUE si dichiara adesiva agli indirizzi della Corte di Strasburgo. Ai fini, poi, del calcolo della superficie, sempre secondo il giudice di Lussemburgo, «non si deve tener conto [...] delle infrastrutture sanitarie», mentre è necessario «includere lo spazio occupato dal mobilio, con la precisazione però che i detenuti devono conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella»⁷⁴.

Pertanto, appare chiaro dalla sentenza *Dorobantu* che la CGUE ha deciso di adottare gli stessi criteri della Corte di Strasburgo, verosimilmente anche in ragione di quanto stabilito dall’art. 52 Carta di Nizza, per cui, nel caso di corrispondenza di diritti egualmente tutelati

⁷¹ CGUE, causa C-128/18, 15 ottobre 2019, sentenza *Dorobantu*, par. 58.

⁷² CGUE, sentenza *Dorobantu*, cit., par. 71.

⁷³ CGUE, sentenza *Dorobantu*, cit., parr. 72-73. In modo significativo la CGUE aggiunge, circa la durata del periodo di detenzione, che «la brevità relativa di un periodo di detenzione non sottrae automaticamente, di per sé sola, il trattamento controverso dall’ambito di applicazione dell’articolo 3 della CEDU, qualora altri elementi siano sufficienti per farlo ricadere sotto tale disposizione» (par. 74).

⁷⁴ CGUE, sentenza *Dorobantu*, cit., parr. 75-77; infine, in relazione ai mezzi di ricorso previsti dall’ordinamento per favorire il controllo sulla legittimità delle condizioni di detenzione, sempre a parere del giudice di Lussemburgo, «le autorità giudiziarie dell’esecuzione restano obbligate a procedere ad un esame individuale della situazione di ciascuna persona interessata, al fine di assicurarsi che la loro decisione sulla consegna di tale persona non esporrà quest’ultima, in ragione delle predette condizioni, a un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante» (par. 81).

in tale ultima Carta e nella CEDU, «il significato e la portata degli stessi [cioè, dei diritti della Carta UE] sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», rimanendo comunque ferma la possibilità per il diritto europeo di concedere una protezione più ampia⁷⁵.

Anche la nostra Corte costituzionale è stata influenzata dalla giurisprudenza della Corte EDU, come emerge dalla sent. n. 279/2013, che si richiama, in particolare, alla pronuncia *Torreggiani*, nell'evidenziare il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento delle carceri in Italia. Tale fenomeno, secondo la Consulta, pregiudica i caratteri costituzionali dell'esecuzione penale e viola il «‘residuo’ irriducibile della libertà personale del detenuto», così da ledere il principio personalista alla base del nostro ordito costituzionale⁷⁶. Il mancato rispetto del nucleo essenziale del diritto alla libertà personale, valido naturalmente anche per i detenuti, comporta la violazione del principio di dignità eguale per ciascuna persona umana, il che integra, in relazione al caso di nostro interesse, gli estremi di un trattamento inumano, quando, invece, il suo contrario è il presupposto indispensabile per l'attività di rieducazione del condannato, in ragione della concezione unitaria che riguarda i principi di cui all'art. 27, c. 3, Cost. Tutto ciò impone interventi tesi a salvaguardare unitariamente il carattere umanitario della permanenza in carcere e la finalità rieducativa della pena⁷⁷.

Per fronteggiare il problema delle carceri – soprattutto dopo la condanna dell'Italia con la sentenza *Torreggiani*, cui ha fatto seguito anche il messaggio alle Camere dell'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano⁷⁸ – sono state adottate misure in grado di “incidere sulle previsioni normative più direttamente connesse [...] [con il] ricorso alla pena detentiva quale fulcro del sistema sanzionatorio nazionale”⁷⁹; non di meno, si è intervenuti anche sul versante di una maggiore tutela dei diritti, istituendo, ad esempio, la

⁷⁵ Al riguardo, cfr. A. Gaudieri, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una “bussola” per le scelte da compiere in periodi di emergenza sanitaria?*, cit., p. 217 ss., secondo cui, in questo caso, si realizza una “mutua ‘alimentazione’ tra cataloghi di diritti” e ciò suggerisce un'utile cooperazione tra le Corti.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 279/2013, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 279/2013, punti 7-7.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Per tale messaggio presidenziale sulla questione carceraria (08.10.2013), v. <https://presidenti.quirinale.it/Elementi/211046>

⁷⁹ Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, cit., p. 11 ss., la quale si richiama al d.l. 78/2013, poi convertito nella legge n. 94/2013, e al d.l. n. 146/2013, con legge di conversione n. 10/2014, che sono intervenuti in materia di liberazione anticipata; di “misure alternative alla detenzione in caso di denuncia o condanna per evasione”; di arresti domiciliari; etc. Per M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Questione Giustizia*, n. 5/2009, p. 119, sarebbe opportuno sostituire le pene detentive brevi con sanzioni diverse, nell'ottica del carcere come estremo rimedio.

figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, con il compito di vigilare sulla legittimità dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale⁸⁰. Indubbiamente, il problema del sovraffollamento delle carceri, che ostacola le “più elementari funzioni vitali di un essere umano”, è una delle ragioni principali del senso di frustrazione e rabbia dei detenuti, i quali si vedono spesso inquadrati in una prevalente “cultura dello scarto” della nostra società, che naturalmente mortifica la loro dignità di persone nell'ambito di un trattamento destinato a divenire, per l'appunto, inumano e degradante⁸¹.

5. La dignità della persona tra sovraffollamento carcerario ed ergastolo ostativo. Alcune considerazioni conclusive.

Il complesso delle pronunce ora richiamate circa il sovrannumero dei detenuti nelle carceri italiane pone il tema, già visto anche in materia di reati ostativi, della salvaguardia della dignità della persona, come del resto dimostrano i parametri normativi utilizzati dalle Alte Corti richiamate in questo contributo, cioè l'art. 3 CEDU, l'art. 27, c. 3, Cost., e, più recentemente, l'art. 4 Carta di Nizza. La pena detentiva comporta una restrizione della libertà personale, ma, come sottolineato dal giudice italiano delle leggi, senza che ciò comprima oltremodo il «residuo irriducibile di libertà» di ciascun recluso, poichè la sanzione detentiva non può arrivare ad «una totale ed assoluta privazione della libertà della persona», costituendone «certo una grave limitazione, ma non la soppressione»⁸². Al recluso deve essere garantito l'esercizio di tutti quei diritti “che non siano strettamente condizionati, limitati o esclusi dalla restrizione di libertà”, quindi che siano compatibili con la propria situazione giuridica⁸³. Se così non fosse, sarebbe difficile perseguire la funzione

⁸⁰ Cfr. E. Frontoni, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, cit., p. 9.

⁸¹ Così si esprime, in modo condivisibile, L. Chieffi, *Umanizzazione della pena e rispetto della dignità in carcere*, cit., il quale, tuttavia, evidenzia, nonostante le sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU e dalla Consulta, come in molti istituti di pena siano rimaste precarie le condizioni di vita dei detenuti, anche per il persistente sovrannumero dei reclusi pur a fronte degli interventi dell'Esecutivo, come da ultimo quello per l'emergenza pandemica.

⁸² Corte cost., sent. n. 349/1993, punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Del resto, sono noti i disposti costituzionali di altre esperienze ordinamentali, come ad esempio quella tedesca e spagnola, che espressamente ritengono inviolabile il «contenuto essenziale» di un diritto fondamentale (art. 19 *Grundgesetz*; art. 53 Cost. spagnola).

⁸³ Al riguardo, cfr. V. Zagrebelsky, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, cit., p. 25.

rieducativa della pena che può realizzarsi, per l'appunto, attraverso l'esercizio di taluni diritti che permangono in capo al recluso, come il diritto allo studio, il diritto al lavoro, la libertà religiosa, etc., esercitabili nella misura e nelle modalità compatibili con la condizione di detenuto. Rimane pertanto intangibile «la dignità della persona» protetta dalla Costituzione «attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»⁸⁴.

Come si è visto, anche nei reati ostativi, in particolare nel caso della pena dell'ergastolo, è direttamente implicato il medesimo valore della dignità umana, dal momento che, in via generale, la possibilità di riesame della pena a seguito di un percorso rieducativo attentamente vagliato dalla magistratura di sorveglianza permette quella speranza di liberazione a favore del condannato che non ne mortifica la dignità di persona. Invece, la prevalenza assoluta delle finalità di prevenzione e sicurezza della pena rispetto alla sua contestuale finalità di rieducazione, non offrendo nell'ergastolo ostativo alcuna prospettiva di liberazione, ha sancito l'illegittimità della presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato non collaborante, com'è emerso nella giurisprudenza internazionale e costituzionale che l'hanno attentamente scrutinata.

In relazione alla pena perpetua ostativa è necessario, dunque, procedere ad un corretto bilanciamento. La ponderazione riguarda più interessi costituzionalmente protetti e quello da cui partire è la funzione rieducativa della pena, a quest'ultima ontologicamente connessa, il che non ne esclude la limitazione, ma dovrà essere adeguatamente proporzionata agli obiettivi da raggiungere attraverso il bilanciamento. Del resto, questa stessa funzione è organica anche agli obiettivi di sicurezza, in quanto il detenuto pentito e rieducato non è più nemmeno motivo di pericolo per la comunità cui appartiene.

Inizialmente, la presunzione assoluta del detenuto non collaborante, ostativa dei benefici penitenziari, è stata ritenuta legittima dalla stessa Corte costituzionale, perché giudicata quale strumento congruo dal legislatore dei primi anni '90⁸⁵ per fronteggiare una

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 26/1999, punto 3.1 del *Considerato in diritto*. Cfr. F. Biondi Dal Monte, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, cit., p. 2 ss.; per L. Delli Priscoli, *Risarcimento a detenuti e internati in caso di danno da detenzione inumana e degradante: la Consulta riconosce che l'Italia si è adeguata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., p. 139, «la 'somma' dei nuclei incompressibili dei diritti fondamentali costituisce la base della dignità dell'essere umano, che pure in carcere deve essere rispettata».

⁸⁵ Sul tema si sono registrati diversi interventi normativi, prima il d.l. 152/1991, convertito nella legge n. 203/1991, e poi, a seguito delle note stragi di Capaci e via D'Amelio a Palermo, la normativa fu ulteriormente aggravata con il d.l. 306/1992, convertito nella legge n. 356/1992. Cfr. L. Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015, p. 3 ss.

criminalità organizzata aggressiva e capillare, autrice in quel periodo di stragi e attentati di particolare violenza, rappresentativi di una forte pericolosità sociale. Ora, la Consulta, per le ragioni illustrate, anche a seguito della sentenza *Viola c. Italia*, ha articolato diversamente il complesso bilanciamento tra le esigenze securitarie e il valore rieducativo della pena. Si ritiene, tuttavia, che nel bilanciamento vi debba rientrare anche la forte esigenza di verità avvertita dalla pubblica opinione circa l'esatta ricostruzione – in termini di eventi e di responsabilità – relativa a molte stragi e attentati sia di matrice terroristica, che mafiosa; non a caso, l'art. 58-ter, ord. pen., finalizza la collaborazione proprio alla «ricostruzione dei fatti» delittuosi. Tale veritiera ricostruzione appare indispensabile per la giusta formazione di una memoria, soprattutto a beneficio delle nuove generazioni, utile ad un futuro della società italiana più libero e trasparente, che invera una delle modalità per essere fedeli alla Repubblica e ai suoi valori costituzionali.

A seguito del rinnovato e condivisibile bilanciamento, come prospettato dalla Corte EDU e dalla Consulta, teso a rivalutare la funzione rieducativa della pena attraverso il passaggio della presunzione da assoluta a relativa, prima la giurisprudenza e ora la novella normativa hanno previsto prove rigorose e stringenti idonee a superare, nello specifico, il carattere relativo della presunzione. Tra le prove si annoverano non solo una corretta condotta carceraria, la partecipazione al percorso rieducativo, ogni elemento che permetta di escludere l'attualità di collegamenti del reo – nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti – con il sodalizio criminale, ma è necessario tenere conto anche delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni a sostegno della mancata collaborazione e della revisione critica del proprio comportamento criminoso da parte del condannato, secondo il novellato art. 4-bis, c. 1-bis, ord. pen.

In ragione di tali rigorose prove contrarie la collaborazione, pur non potendosi più definire l'unica soluzione, rimane comunque la “via maestra”⁸⁶ per ottenere i benefici penitenziari

⁸⁶ In tal senso, cfr. M. Ruotolo, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., p. 5, che sottolinea il valore della collaborazione come presunzione di un “allentamento del vincolo” da parte del condannato nei confronti dell’organizzazione criminale. Ancora Id., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., p. 5, ritiene, già a seguito della sent. n. 253/2019 della Consulta, che “è stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa”, in quanto la concessione dei benefici si deve intendere come “un’eccezione alla regola del diniego”. Del resto, A. Catani, *Il regime giuridico dell’ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo. Problematiche e prospettive*, cit., p. 448, contesta una delle motivazioni addotte dalla Corte EDU per dubitare della presunzione assoluta, cioè quella secondo cui il detenuto potrebbe essere costretto a non collaborare per il timore di ritorsioni del sodalizio criminale nei confronti delle sue persone care; per l’A., in riferimento a quest’ipotesi, sarebbe opportuno richiamare il “sistema di protezione statale nei confronti dei

di cui all'art. 4-*bis*, c. 1, a vantaggio degli autori dei delitti previsti nella medesima fattispecie normativa. Al riguardo, dovrà essere compito del recluso dimostrare di essersi ravveduto, se si vuole prescindere dalla collaborazione con gli inquirenti⁸⁷. In questo contesto la magistratura di sorveglianza acquista un evidente rilievo per la sua competenza a giudicare *ratione materiae*. Lo stesso art. 4-*bis*, c. 2, ord. pen., infatti, affida al potere giudiziario, per la concessione dei benefici penitenziari, il compito di acquisire informazioni dettagliate, ad esempio, attraverso il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in ragione del luogo di detenzione, oltre che tenere conto delle relazioni provenienti dall'autorità penitenziaria. Come sottolinea la Consulta, compito della magistratura di sorveglianza è quello di «svolgere d'ufficio una seria verifica» sulla condotta carceraria del condannato e «sul contesto sociale esterno in cui il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare, sia pure temporaneamente ed episodicamente»⁸⁸. In conclusione, conformemente al nostro dettato costituzionale, quella esercitata dalla magistratura di sorveglianza deve essere “una giurisdizione di prossimità perché presuppone l'osservazione del detenuto e una costante interlocuzione con gli operatori penitenziari”⁸⁹, al fine di verificare gli effetti del percorso rieducativo voluto dall'art. 27, c. 3, Cost. Questa parte dell'ordinamento giudiziario, che vigila sull'esecuzione della pena in materia di reati *ex art. 4-bis*, ord. pen., è quindi responsabile volta per volta, fattispecie per fattispecie del bilanciamento illustrato sul tema *de quo*, per cui in relazione al caso concreto svolge la funzione di *custode* della Costituzione, in quanto garantisce, attraverso la sua valutazione di ogni condannato, i valori contenuti nella nostra Carta fondamentale, a partire dal principio della dignità umana.

Abstract: Il contributo esamina i temi del sovraffollamento carcerario e dell'ergastolo ostativo alla luce di una ricca giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte costituzionale interna, cercando di cogliere gli elementi di connessione tra le diverse pronunce nella prospettiva della

pentiti di mafia”, utile proprio per tutelare coloro che intendono collaborare con la giustizia, dimostrando in tal modo il pentimento per la propria condotta.

⁸⁷ Secondo M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., p. 4, si realizza una “sostanziale inversione dell'onere probatorio” a carico del detenuto per dimostrare concretamente la rottura di rapporti e di intenti con l'associazione criminale di provenienza.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸⁹ Così si esprime A. Pugiotto, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, cit., p. 405.

dignità umana. In particolare, con riferimento all'ergastolo ostativo, l'Autore prova a dimostrare come i termini del bilanciamento siano rappresentati oltre che dalla finalità rieducativa della pena e dalla pericolosità sociale dei condannati, anche dal dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica, secondo quanto stabilito dall'art. 54 Cost.

Abstract: This paper examines the issues of prison overcrowding and life imprisonment without parole in the light of a various case law of the ECHR, of the CJEU and of the Italian Constitutional Court, trying to grasp the connectors between many judgments within the perspective of human dignity. In particular, the Author tries to argue how the balancing in the life imprisonment without parole regards not only the re-educational purpose of the life-sentence and the social dangerousness of the convicted, but also the duty of all citizens to be faithful to the Republic, according to Article 54 of the Italian Constitution.

Parole chiave: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Corte costituzionale – ergastolo ostativo – sovraffollamento carcerario.

Key words: European Court of Human Rights – Court of Justice of the European Union – Constitutional Court – life imprisonment without parole – prison overcrowding.

THE PROMOTION OF THE RULE OF LAW IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN SUPRANATIONAL COURTS: A NEW CONSTITUTION FOR EUROPE?*

di Matteo Di Donato**

*“La via da percorrere non è facile, né sicura.
Ma deve essere percorsa e lo sarà!”
(Manifesto di Ventotene)*

Sommario. 1. Introduction. – 2. The concept of the Rule of Law into the European Union legal system. – 3. The concept of the Rule of Law according to the European Court of Human Rights. Brief reflections. – 4. How European Supranational Courts promote the thick conception of the Rule of Law: the comparative method and the Luxembourg effect. – 5. Conclusion. Some critical remarks.

1. Introduction.

The origins of the Rule of Law are lost in time. It was suggested that “like democracy, the concept of the Rule of Law is a historical idea of an uncertain content” and that “it is not clear how to translate the English notion into other languages”¹. According to the different versions of the Treaties and to the decisions of the European Court of Justice (ECJ) and the European Court of Human Rights (ECHR), the Rule of Law was associated – without many differences – with the French *État de droit* and the German *Rechtsstaatlichkeit*². Do these three terms share the same meaning? The evolution of the concept through the decisions of

* Submitted to a peer blind review. The work takes inspiration from the Conference “Comparative Law in the Practice of European Supranational Courts. A People’s History of Living in Multilayer Legal Systems” held at the University of Luxembourg, 16 and 17 June 2022.

** LLM Sant’Anna School of Advanced Studies. PhD Candidate – University of Sannio.

¹ See A. Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Amsterdam, 2002, p. 18. For a historical analysis see B.Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 232-247.

² In many EU documents the three terms have the same meaning and are considered as synonymous. For a deep analysis on the topic see P. Craig, S. Adam, N. Diaz Abad and L. Salazar, *Rule of Law Perspectives from Practitioners and Academics*, Bruxelles, 2019 and E. Ioriatti, *Comparative Law and EU Legal Language: Towards a European Restatement? in the Global Jurist Review*, n. 2/2021, pp. 305-340.

the European Supranational Courts now displays a clear framework of reference³. Over the years and starting from a political point of view, the judicial activism of the Courts provided a form of *legalisation* of the notion (now embedded in many statutory provisions)⁴. The original core of the Rule of Law was intended to embrace only three principles: legality, legal certainty and separation of powers. Then the former UN Secretary-General Kofi Annan proposed a broad definition of the concept, saying that “The Rule of Law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public or private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”⁵. Finally the notion has widespread its autonomous identity, through the process of political and economic integration of the European Union and thanks to the influence of the ECJ and the work of the Venice Commission (as deputy consultant of the Council of Europe)⁶.

2. The concept of the Rule of Law into the European Union legal system.

Before the first Treaties applying to the European Union (EU) were enacted, the ECJ had already tried to elaborate a proper definition⁷. In *Les Verts* the judges of Luxembourg stated

³ For a detailed overview see M. Carta, *Unione Europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

⁴ The concept of the Rule of Law is present in many documents and decisions. The Venice Commission is continuously working for a clear definition of the notion. See venice.coe.int.

⁵ K. Annan, *Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post – Conflict Societies, Report of the Secretary-General* (UN. Doc. S/616), New York, 2004, p. 4. The concept influenced many comparative law classifications. For an overview see V. Varano and V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2021.

⁶ The Venice Commission, officially European Commission for Democracy through Law, is an advisory body of the Council of Europe, composed of independent experts in International and Constitutional Law. It was created in 1990; nowadays it counts more than 60 Member States and many observers. The participating Countries appoint the experts for four years. The Venice Commission’s leading aim is to support the functioning of democratic institutions and promote the protection of human rights all over the World. According to the founders of the Committee, the respect of the Rule of Law is a crucial purpose; it’s therefore that Member States have to comply with it and safeguard its content. For a deep analysis see S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, London, 2020.

⁷ See T. Van Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 1311-1347 and D. Spielmann, *The Rule of Law Principle in the Jurisprudence of the*

that «the European Community is a Community based on the Rule of Law»⁸. In the decisions *Union de Pequeños Agricultores* and *Kadi*, the Court affirmed that the respect of the Rule of Law requires the protection of fundamental human rights⁹. Nowadays Art. 2 and Art. 7 of the Treaty on European Union (TEU) contain clear references to the Rule of Law¹⁰. The concept explicitly represents a founding value of the EU, such as human dignity, freedom, democracy and gender equality and expressly belongs to the general principles common to the laws of the Member States. Furthermore the treaties provide a mechanism of political reaction in case of serious and systematic violations of the Rule of Law¹¹. In these years two notions of the Rule of Law have been discussed the most: the

Court of Justice of The European Union, in M. Elósegui, A. Miron, and I. Motoc (eds.), *The Rule of Law in Europe*, Bern, 2021, pp. 3-20.

⁸ See ECJ Case C-294/83, *Les Verts vs. Parliament*, Judgement of 23 April 1986, available at www.eur-lex.europa.eu. In *Cas Succhi di Frutta*, the ECJ confirmed that «In a community governed by the Rule of Law, adherence to legality must be properly ensured». See Case C-496/99, *Cas Succhi di Frutta vs. Commission*, Judgement of 29 April 2004, available at www.eur-lex.europa.eu.

⁹ See ECJ Cases C-50/00, *Union de Pequeños Agricultores vs. EU Council*, Judgement of 25 July 2002; C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, judgment of 3 september 2008 and C-584/10 P, C- 593/10 P and C-595/10 P, *Kadi v. Council, Commission and UK*, judgment of 18 July 2013, available at www.eur-lex.europa.eu.

¹⁰ Art. 2 of the Treaty on European Union (TEU) states that: «The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the Rule of Law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail». Then Art. 7 (TEU) provides a political reaction in case of serious breaches of the Rule of Law. It reads: «1. On a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Art. 2. Before making such a determination, the Council shall hear the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure.

The Council shall regularly verify that the grounds on which such a determination was made continue to apply.

2. The European Council, acting by unanimity on a proposal by one third of the Member States or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in Art. 2, after inviting the Member State in question to submit its observations.

3. Where a determination under paragraph 2 has been made, the Council, acting by a qualified majority, may decide to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council. In doing so, the Council shall take into account the possible consequences of such a suspension on the rights and obligations of natural and legal persons. The obligations of the Member State in question under the Treaties shall in any case continue to be binding on that State.

4. The Council, acting by a qualified majority, may decide subsequently to vary or revoke measures taken under paragraph 3 in response to changes in the situation which led to their being imposed.

5. The voting arrangements applying to the European Parliament, the European Council and the Council for the purposes of this Article are laid down in Art. 354 of the on the Functioning of the European Union».

¹¹ The norm refers to the political procedure of Art. 7. For a deep analysis on the mechanism see W. Sadurski, *Adding Bite to a Bark: the Story of Article 7 and the EU Enlargement*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 3/2010, pp. 385-426 and U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2020.

formal or thin conception and the substantial or thick conception¹². According to the first thesis, some scholars reject the normative force of the proposition. However the second theory promotes a broad definition of the content and demands the respect of many principles (such as the protection of democracy, human rights, gender equality, solidarity, freedom, equality and justice). Over the years, the Venice Commission, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice adopted and fostered the second conception. Many and famous decisions of the ECJ embraced the thick version of the Rule of Law (such as the *Rosneft*, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs. Tribunal de Contas (ASJP)* case and the recent decisions against Poland and Hungary)¹³. In particular the Court explained that the actual content of the Rule of Law finds regulation not only in Art. 2 TEU but also in many other provisions that enrich the concept with specific principles and rules (such as Art. 19 TEU, concerning the right to an effective remedy and to a fair trial)¹⁴. For these reasons, it finds application not only during the execution of EU law but also through the exercise of domestic competences, influencing the national

¹² On the point R. Baratta, *Rule of Law Dialogues within the EU: a Legal Assessment* in the *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, pp. 357-372.

¹³ See ECJ Cases C 72/15 *PJSC Rosneft Oil Company*, Judgment of 28 March 2017; C 64/16 *ASJP vs. Tribunal de Contas*, Judgement of 27 February 2018 and C 156/21 and C 157/21, *Republic of Hungary and Poland vs. European Parliament and Council of the European Union*, Judgements of 16 February 2022, available at www.eur-lex.europa.eu. For a detailed overview see M. Graziadei and R. De Caria, *The Constitutional Traditions Common to the Member States in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, *Riv. Trim. Dir. Pub.* N.4/2017, pp. 949-971 and K. Lenaerts, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, n. 2/2017, pp. 297-312.

¹⁴ Art. 19 TEU states that: «The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed. Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law. 2. The Court of Justice shall consist of one judge from each Member State. It shall be assisted by Advocates-General. The General Court shall include at least one judge per Member State. The Judges and the Advocates-General of the Court of Justice and the Judges of the General Court shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt and who satisfy the conditions set out in Arts. 253 and 254 of the Treaty on the Functioning of the European Union. They shall be appointed by common accord of the governments of the Member States for six years. Retiring Judges and Advocates-General may be reappointed. 3. The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties: a) rule on actions brought by a Member State, an institution or a natural or legal person; b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions; c) rule in other cases provided for in the Treaties». Moreover Arts. 41 and 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union identify some principles. Art. 41 concerns the right to good administration; Art. 47 founds the right to an effective remedy and to a fair trial. The Charter is available at www.eur-lex.europa.eu. See also M. Parodi, *Il ruolo degli Stati membri nella tutela dei valori dell'Unione Europea: il ricorso agli strumenti giurisdizionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2021, pp. 671-697 and F. Donati, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione Europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1/2022, pp. 15-22.

identities of the Member States¹⁵. Nowadays it might be held that the Rule of Law has horizontal and vertical effects: “horizontal because it affects the horizontal relations between the Member States (it undermines mutual trust and sincere cooperation, the system of mutual recognition of judgements in the framework of judicial cooperation, the arrest warrant mechanism and the Schengen Area) and vertical because it may deform the mechanism of cooperation between the Union Institutions and the Member States, resulting in a risky process or trend of renegotiating the most fundamental values and principles, [...] including the primacy of Union law and the respect for uniform interpretations issued by the Court of Justice”¹⁶. The ECJ built the concept like an umbrella principle that founds its content in other principles and provisions and that needs to be implemented – case-by-case – by the procedures provided by Arts. 258 and 263 of the Treaty on the Functioning of The European Union (TFEU, which are the infringement procedure and the preliminary ruling)¹⁷. Then a question could arise: is the judicial activism of the Court trying to promote a new Constitution for Europe?¹⁸

Over the years, the reached importance of the Rule of Law has been demonstrated through the external action of the Union (with the adoption of restrictive sanctions and conditionality clauses) and by the introduction of a new mechanism concerning the financial statements of the European Union¹⁹.

¹⁵ Poland and Hungary have criticized the normative force of the concept and the judicial activism of the Court. See the opinion of M. Carta, *Unione Europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

¹⁶ See M. Safjan, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2019, pp. 425-440.

¹⁷ See Arts. 258 and 263 TFEU. On the point K. L. Scheppele, D. V. Kochenov and B. G. Moroz, *EU Values are Law, after all: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, n. 1/2020, pp. 3-121.

¹⁸ See R. Sabato, *Judicial Dialogue. The Experience of Italy*, in A. Müller and H. E. Kjos (eds.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge, 2017; T. Horsley, *The Court of Justice of the European Union as an Institutional Actor*, Cambridge, 2018; X. Groussot and G. Martinico, *Mutual Trust, the Rule of Law and the Charter: a New Age of Judicial Activism*, in *EU Law Live*, 2020 and E. Castorina, *Valori fondanti e concezione europea dello Stato di diritto: la necessità di leale cooperazione nelle questioni identitarie dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 202-210. For some criticism M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton, 1999 and R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, 2007 and A. von Bogdandy et al., *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, 2021.

¹⁹ For a deep analysis on this topic see K. Lenaerts, *New Horizons for the Rule of Law within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 29-34 and M. Di Donato, *The Brussels Effect of the European Union's External Action: Promoting Rule of Law Abroad through Sanctions and Conditionality*, in *The Italian Law Journal*, n.1/2022, pp. 91-108. The new mechanism concerning the financial statements of the European Union and the protection of the Rule of Law was set by Regulation 2092/2020 (related to a general regime of conditionality). See N. Blauburger and V. Van Hüllen, *Conditionality of EU Funds: an Instrument to Enforce EU Fundamental Values?*, in *Journal of European integration*, n. 1/2021, pp. 1-16 and E. Perillo, *Il rispetto dello Stato di diritto europeo alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive ?*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1/2022, pp. 407-414.

3. The concept of the Rule of Law according to the European Court of Human Rights. Brief reflections.

Since its foundation, the Council of Europe has pointed out the importance of the Rule of Law. Art. 3 of the Statute explicitly says that «every Member of the Council of Europe must accept the principles of the Rule of Law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council». The same notion is present in the introduction of the Convention²⁰. In *Golder vs. UK*²¹, the European Court of Human Rights adopted the thick conception of the Rule of Law, stating that «it would be a mistake to see in this reference a merely more or less rhetorical reference»²². For the jurisprudence of the ECHR the substantial conception of the notion is embedded in all the provisions and rights of the Convention. In *Stafford vs. UK*²³, the judges of the Court affirmed that «any arrest or detention to have a legal basis in domestic law requires to be compatible with the Rule of Law, a concept that is inherent in all the articles of the Convention»²⁴. Recently a similar decision confirmed this conception, declaring that Member States should respect the Rule of Law in all the provisions set forth by the Convention²⁵. The European Court of Human Rights fosters a notion that is useful to individual litigations and to inter-State disputes, especially in case of serious and systematic violations of the Rule of Law. In this perspective, the documents elaborated by the Venice Commission – as deputy consultant of the Council of Europe – represented another step to define and promote the thick conception inside the legal framework of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms²⁶. The Venice Commission elaborated a complete Rule of Law

²⁰ It states that «The governments of European countries, which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the Rule of Law, should be resolved to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration».

²¹ See ECHR Case C 4451/70, *Golder vs. UK*, judgement of 21 February 1975, available at echr.coe.int.

²² See paragraph 34 of the Court's judgement. For a deep analysis see G. Lautenbach, *The concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013.

²³ See ECHR Case C 46295/99, *Stafford vs. UK*, judgement of 28 May 2002, available at echr.coe.int.

²⁴ See paragraph 63 of the ECHR judgement.

²⁵ See ECHR Case C 38967/17, *H.M. and others vs. Hungary*, judgement of 2 June 2022, available at echr.coe.int.

²⁶ References are to the Rule of Law checklist. For an overview see venice.coe.int. and E. Perillo, *Il rispetto dello Stato di diritto europeo alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità*

checklist, including many principles into the notion (such as legality, legal certainty, solidarity, equality before the law and non-discrimination, the right to an effective access to justice, to a fair trial and the protection of human rights)²⁷. In this way, the Rule of Law has become a fundamental guiding principle for the Court. It might be held that “The principle of the Rule of Law proved to be a particularly useful tool for the Court assisting it in interpreting, supplementing and enhancing the protection standards set out in the Convention”²⁸.

4. How European Supranational Courts promote the thick conception of the Rule of Law: the comparative method and the Luxembourg effect.

The way European Courts promoted the thick conception of the Rule of Law is thanks to the comparative method²⁹. Through its application, European judges managed to defend, define, enrich and spread the content of the notion. In all the decisions described in the first two paragraphs, the comparative method was fundamental to conceive the Rule of Law. There are not many provisions in Treaties that refer to comparative law, except for those concerning the extra contractual liability of EU institutions³⁰. However European Courts

finanziaria. Quali prospettive?, See also S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, 2020.

²⁷ European Commission for Democracy through Law, *Rule of law checklist*, n. 711/2016 (updated in 2019) and available at venice.coe.int. For a deep analysis see G. Pitruzzella, O. Pollicino and M. Bassini, *Corti europee e democrazia. Rule of Law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.

²⁸ See E. Steiner, *The Rule of Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: from a Common Concept to Mechanism of Implementation*, London, 2016, p. 139.

²⁹ On the topic see P. Carrozza, F. Fontanelli and G. Martinico, *Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences*, Groningen, 2009; L. Pierdominici, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, London, 2020 and O. Scarcello, *Borrowing to Survive: Investigating the Functioning of the Court of Justice of the EU through Comparative Law*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, n.1/2021, pp. 196-201.

³⁰ The extra contractual liability of EU institutions refers to the general principles common to the laws of the Member States and requires the adoption of the comparative method. Art. 340 TFEU states that: «The contractual liability of the Union shall be governed by the law applicable to the contract in question.

In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties. Notwithstanding the second paragraph, the European Central Bank shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by it or by its servants in the performance of their duties. The personal liability of its servants towards the Union shall be governed by the provisions laid down in their Staff Regulations or in the Conditions of Employment applicable to them». Art. 6 TEU also refers to Comparative Law. It states that «Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law».

often turn to comparative analysis in their judgments even though not in an explicit way³¹. First of all, the different languages of the Organizations require the comparative method: the same process of translation is a legal comparison between national notions³². In case of the Rule of Law, European Supranational Courts used comparative law to elaborate a better definition of its content, referring to the general principles common to the different traditions of the Member States. It is through the comparative method that the ECJ and the ECHR managed to promote the substantial or thick conception of Rule of Law, founding its force on a shared heritage of values. However the two Courts developed different approaches³³. The European Court of Human Rights used comparative law to find a minimal standard and to provide subsidiary protection of the Rule of Law (according to the margin of appreciation doctrine and the Member States' sovereignty)³⁴. However the European Court of Justice deployed comparative law not only to find a minimal standard but also to elaborate an appropriate benchmark for EU Law³⁵. In *Repubblica vs Il-Prim Ministru*³⁶, the ECJ judges tried to resolve the *Copenhagen Dilemma* and to reinforce the *communitarian acquis* of the Rule of Law through the application of the non-regression principle³⁷. In this way, EU institutions have been able to face the backsliding of many

³¹This is not the place for a detailed study on the topic. See M. Feteris, *Roadmap on Comparative Law in the Case-Law and Practice of the Supreme Courts of the EU*, in *Utrecht Law Review*, n. 1/2021, pp. 6-19.

³² For an analysis on the matter see E. Ioriatti, *Comparative Law and EU Legal Language: Towards a European Restatement?* in *Global Jurist*, n. 2/2021, pp. 305-340.

³³ See S. Gless and J. Martin, *The Comparative Method in European Courts: a Comparison between the ECJ and the ECHR*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, n. 1/2013, pp. 36-52.

³⁴ According to S. Gless and J. Martin, *The Comparative Method in European Courts: a Comparison between the ECJ and the ECHR*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, n. 1/2013, p. 40: "Over time, the ECHR has developed a rich array of instances where Contracting States enjoy a wide margin of appreciation. For example, it is within the States' discretion how they protect mentally disabled people in procedures concerning their right to family life. Moreover, it is for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public interest warranting measures to be applied in the sphere of exercising the right of property, including deprivation and restitution of property. The Contracting States further enjoy a wide margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment, such as the regulation of retirement pensions of former employees or treating landowners of bigger and smaller plots of land differently for the purpose of hunting regulations. The States have broad discretion when assessing the manner in which they allow or prohibit suicide and assisted suicide and in determining the language taught at public schools. Or, as a final example, it is for the States to examine, to a certain extent, what is necessary in a democratic society when interfering with the freedom of expression".

³⁵ On the point see K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, in *The international and comparative law quarterly*, n. 4/ 2003, pp. 873-906 and more recently A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo ?* in *DPCE*, n. 1/2022, pp. 121-154.

³⁶ ECJ Case C 896/19, *Repubblica vs. Il-Prim Ministru*, judgment of 20 April 2021, available at www.eur-lex.europa.eu.

³⁷ See M. Leloup, D. V. Kochenov and A. Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the Copenhagen Dilemma? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblica v Il-Prim Ministru*, *Reconnect Working Paper*, n. 15/2021.

Member States, although being outside the scope of the conferral³⁸. At the same time the non-regression principle managed to reinforce the thick conception of the Rule of law, embracing all the principles stated by the *communitarian acquis*. In these cases, the comparative method was used not only to unify but also to discover the general principles common to the laws of the Member States. These principles now enhance the content of the Rule of Law, thanks to the incorporation theory³⁹. Will the Luxembourg effect save the notion inside its borders⁴⁰? The President of the European Court of Justice – Koen Lenaerts – stated that “today, Europeans are facing a defining moment in the history of integration. They must stand up for the values – such as democracy, the rule of law and fundamental rights – that we share in order to emphasize the point that what brings us together remains stronger than what pulls us apart. That is why the principle of judicial independence must be preserved so that the EU remains a *Union of democracies*, a *Union of rights*, and a *Union of justice*. If the next generation of Europeans is to explore new horizons for an ever-closer Union where citizens may continue to enjoy a sphere of individual liberty free from public interferences, integration through the rule of law is the only way forward”⁴¹. Could it be enough?

³⁸ On the crisis of the Rule of Law in EU see M. Smith, *Staring into the Abyss: a Crisis of the Rule of Law in the EU*, in *European Law Journal*, 2019, pp.561-576.

³⁹ The theory was firstly introduced in *R. Zambrano* (ECJ Case C 34/09, *R. Zambrano vs. Office national de l'emploi*, judgment of 8 march 2011, available at www.eur-lex.europa.eu) thanks to a comparison with some American decisions (especially with the case *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, decided by the US Supreme Court in 1925). See R. Schütze, *European Fundamental Rights and the Member States: From Selective to Total Incorporation?* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 337-361. Scholars considers *Zambrano* as a landmark decision; for the first time purely internal situations were brought under the umbrella of EU law to defend fundamental rights. The ECJ implemented the US incorporation doctrine and warned Member States to comply with EU obligations also when exercising internal competences. On the matter see K. Lenaerts and K. Gutman, *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic*, in *the American Journal of Comparative Law*, n. 4/2016, pp. 841-864 and M. Graziadei, *The European Court of Justice at Work: Comparative Law on Stage and behind the Scenes*, in *Journal of Civil Law Studies*, n. 1/2020, pp. 2-32.

⁴⁰ References are to A. Bradford, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020. See also F. Marques, *Rule of Law, National Judges and the Court of Justice of the European Union: let's Keep it Juridical*, in *European Law Journal*, n. 1/2021, pp.1-12. For some criticism on the lack of transparency of the comparative method adopted by the ECJ see M. Ambrus, *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*, in *Erasmus Law Review*, n. 3/2009, pp. 353-371. On the same topic, criticizing the judicial supremacy of Courts and their political aims, see J. Waldron, *The Rule of Law and the Role of Courts*, in *Global Constitutionalism*, n. 1/2021, pp. 91-105.

⁴¹ K. Lenaerts, *New Horizons for the Rule of Law within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 34.

5. Conclusion. Some critical remarks.

The thick conception of the Rule of Law has widespread its force in the decisions of the European Supranational Courts. Some authors stated that it represents a fundamental component of the European public order and that it has three dimensional normative force: primarily as a general legal principle, secondly as a particular rule (considering its practical applications) and then as a hybrid provision simultaneously displaying its different nature⁴². The Rule of Law toolkit (elaborated through the comparative method and based on the incorporation theory) is promoting a new European constitutionalism in the light of the common traditions to the Member States. From side to side the judicial activism of the Courts refuses unilateralism; it tries to increase awareness and human rights standards pursuing objectives that have been universally agreed upon and that belong to a common heritage of values. The European Commission considers the Rule of Law to be the benchmark of political legitimacy and the backbone of modern constitutional democracies⁴³. This paper has demonstrated that the concept presents a rich content and a clear framework of reference and that all the forms of criticism are completely groundless (considering the illiberal critique – originating from national States like Hungary and Poland –, the double standard critique, the *juristocracy* critique and the Hungarian doctrine of the Holy Crown or the Hungarian historical constitution critique)⁴⁴. The comparative method and the judicial activism of the European Supranational Courts are trying to face the backsliding of many Member States, safeguarding the fundamental principles of the European legal order in an internationally oriented perspective. If political and legal actions have to be improved against serious and systematic violations of the Rule of Law (see, for

⁴² On the point see R. Spano, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: the Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, n. 1/2021, pp. 211-227.

⁴³ See L. Pech and J. Grogan, *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, Leuven, 2020, available at www.reconnect-europe.eu.

⁴⁴ The illiberal critique originates from representatives of national governments subject to the political and legal procedures of Art. 7 TEU. They reject the idea that the concept of the Rule of Law can have binding effects. The double standard critique refers to the conduct of European Institutions. Some States believe that the Organization is targeting only Eastern European Member States, having a different treatment towards Countries from Western Europe. However they are not able to provide proofs. The juristocracy critique condemns the judicial activism of the Courts, especially when its decisions influence national competences. Nowadays many provisions contain clear references to the Rule of Law and there is no doubt that it has normative force. The Hungarian doctrine of the Holy Crown is based on the historical identity of the Country. The Hungarian historical and constitutional identity represents a justification for defying Hungary's obligations under EU Law. For a deep analysis on the different forms of criticism see again L. Pech and J. Grogan, *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, Leuven, 2020, available at www.reconnect-europe.eu.

example, the conditionality mechanism), the concept is still deploying its effects and we hope it will continue, pouring the foundations of a new Constitution for Europe.

Abstract: The Rule of Law is continuously changing its borders. The judicial activism of the European Supranational Court has managed to promote a thick conception of the notion and face the backsliding of many Member States. The article analyses the origins and the evolution of the concept in the decisions of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. It tries to highlight the different approaches of the Courts and how the comparative method influenced its content. The Rule of Law can be considered a fundamental component of the European public order and a backbone of modern constitutional democracies.

Abstract: Il concetto di Rule of Law è in continua evoluzione. L'attivismo giudiziario della Corte di Giustizia di Lussemburgo e della Corte Europea di Strasburgo è riuscito a promuovere una concezione sostanziale della nozione e a contrastare il mancato rispetto dello Stato di diritto da parte di diversi Paesi membri delle due organizzazioni. L'articolo analizza le origini e l'evoluzione del concetto attraverso le decisioni delle Corti sovranazionali europee e cerca di mettere in risalto le differenti tecniche di tipizzazione del suo contenuto (come il metodo comparativo). Lo Stato di diritto rappresenta una componente fondamentale dell'ordine pubblico europeo ed è la colonna portante delle moderne democrazie costituzionali.

Key words: Rule of Law – European Supranational Courts – EU law – comparative law.

Parole chiave: Stato di diritto – Corti sovranazionali europee – diritto dell'Unione Europea – diritto comparato.

ALCUNE CONSIDERAZIONI A PARTIRE DA “DIRITTO COSTITUZIONALE E NUOVE TECNOLOGIE”, A CURA DI GIAMPIETRO FERRI, NAPOLI, EDIZIONI ESI, 2022*.

di Elena Rivieccio **

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L’impatto dello sviluppo tecnologico sulla comunicazione. – 3. L’esercizio dei diritti e le nuove tecnologie. – 4. Le applicazioni delle nuove tecnologie ai processi decisionali. – 5. Considerazioni conclusive.

174

1. Introduzione.

L’innovazione tecnologica negli ultimi decenni ha avuto una crescita esponenziale che ha impattato in modo rilevante sulla vita delle persone da un punto di vista sociale, culturale, economico e, finanche, antropologico, se solo si pensa al fatto che gli strumenti digitali vengono oggi utilizzati per relazionarsi ad altre persone e per svolgere molteplici attività della vita quotidiana.

Il volume recensito si propone di analizzare le conseguenze prodotte dal progressivo sviluppo delle nuove tecnologie sul diritto¹. Esse, infatti, hanno comportato delle innovazioni sia sul piano individuale che su quello delle relazioni sociali. Per quanto riguarda il primo aspetto, le nuove tecnologie hanno inciso su alcuni diritti, anche di carattere fondamentale², cambiando ed ampliando le modalità di esercizio degli stessi e facendo emergere l’esigenza di regolamentare situazioni connesse, anch’esse rilevanti da un punto di vista giuridico. Allo stesso modo, con riferimento al secondo aspetto, lo sviluppo tecnologico ha influito sulla società democratica considerata nel suo complesso, ad esempio acuendo la crisi di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, e, in potenza, potrebbe

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli Federico II.

¹ G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Napoli, Edizioni ESI, 2022.

² Sul punto v. anche G. Fares, *Diritti sociali e nuove tecnologie*, in P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Genova, 18 giugno 2021, p. 69 ss.

incidere sul modo in cui si svolgono alcuni processi decisionali, come il procedimento elettorale.

Lo studio dell'impatto delle nuove tecnologie sul diritto e, in particolare, sul diritto costituzionale viene svolto da tre diverse angolazioni: comunicazione, diritti e processi decisionali. I diversi contributi, da un lato, offrono un'analisi critica delle soluzioni normative già adottate, per valutare gli effetti della loro applicazione; da altro lato, illustrano le proposte di regolamentazione avanzate, per comprendere in prospettiva quali tutele vengono prefigurate a favore dei diritti.

2. L'impatto dello sviluppo tecnologico sulla comunicazione.

Per quanto riguarda la prima parte, dedicata alla comunicazione, occorre innanzitutto tenere presente che lo sviluppo delle tecnologie digitali ha determinato la nascita di nuovi mezzi di comunicazione facilmente accessibili a tutti, attraverso cui ciascuno può esprimere liberamente la propria opinione, ampliando così a dismisura la capacità di comunicare. Alla luce di queste caratteristiche, la Rete è stata considerata, almeno nei primi anni successivi al suo avvento, luogo di massima espressione della libertà, quasi come una “terra promessa della democrazia” – espressione, questa, utilizzata da Fabio Ferrari³ - nella quale si può svolgere il dibattito pubblico e in cui ogni operatore può esercitare la libertà di iniziativa economica, senza interferenze da parte dello Stato⁴. Il contesto digitale si è caratterizzato per una autoregolamentazione⁵, costituita da regole definite dagli amministratori degli spazi digitali e condivise dagli utenti. Per molti anni, infatti, gli Stati hanno regolato solamente nei minimi termini il cyberspazio perché si riteneva che l'introduzione di una normativa statale più stringente avrebbe potuto determinare una compressione della libertà

³ F. Ferrari, *Su possibili abusi della libertà di espressione nel web*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 125.

⁴ Sul punto v. M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 50 che richiama l'iniziale idea, di matrice libertaria e ciberanarcoide, secondo cui Internet avrebbe costituito lo spazio per una possibile competizione di carattere esclusivamente privato, senza alcun condizionamento da parte delle istituzioni statali.

⁵ Richiamano questa convinzione iniziale in senso critico M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei social network*, cit., p. 50 e M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, cit., p. 39 ss.

d'espressione⁶.

Il percorso lungo il quale si è articolata la crescita della Rete negli ultimi vent'anni ha dato vita ad una realtà dei fatti che supera quanto sostenuto al momento della sua nascita e che ha prodotto un profondo mutamento nelle dinamiche di esercizio della libertà di espressione⁷. Questa trasformazione è stata progressiva ed è caratterizzata da un'ampia affermazione del ruolo degli intermediari e, nello specifico, dei *provider* di servizi digitali delle società di informazioni (*Internet Service Providers*). Le piattaforme digitali utilizzano algoritmi di profilazione che, attraverso le tecniche della *big data analytics*, riescono a monitorare i comportamenti degli utenti e a raccogliere i loro dati, individuando gusti e preferenze allo scopo di tracciare la loro *identità digitale*. Quindi, personalizzano i contenuti per ciascun utente, organizzandoli e rendendo più visibili quelli che sono maggiormente conformi alle sue preferenze, mediante il ricorso a tecniche di *content moderation*. In questo modo, riescono a sfruttare economicamente i dati per fini di marketing e pubblicitari⁸. Tutto questo pone in evidenza la capacità di Internet di incidere sull'esercizio di diritti costituzionali dell'individuo e su valori fondamentali per la società democratica perché le piattaforme *online*, mediante tecniche quali la profilazione degli utenti e la personalizzazione dei contenuti, hanno il potere di controllare ed influenzare le scelte, anche politiche, degli utenti o, comunque, di condizionare la loro volontà⁹.

Bisogna tenere presente il ruolo fondamentale svolto da Internet ai fini dello scambio di informazioni e notizie, un ruolo, questo, ben riassunto nella nota formula *marketplace of ideas*¹⁰. A questo proposito, importanti spunti di riflessione provengono dall'esperienza statunitense. Su di essi si concentra il contributo di Enrico Andreoli¹¹ allo scopo di analizzare i recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema federale in merito all'esercizio della libertà d'espressione nell'ambiente digitale. I casi più rilevanti, tra quelli

⁶ Rilevano questo timore nella regolamentazione dell'ambiente digitale M. Bassini, op. cit., p. 53 e F. Ferrari, op. cit., p. 127.

⁷ Cfr. M. Bassini, op. cit., p. 51.

⁸ Cfr. M. R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo sui servizi digitali*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 6 e D. Butturini, *Le notizie false su Internet e il ruolo delle piattaforme digitali*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 94.

⁹ In questo senso, esemplare è lo scandalo Cambridge Analytica con riferimento alle elezioni presidenziali americane del 2016 che hanno condotto alla vittoria di Donald Trump.

¹⁰ V. F. Ferrari, *Su alcuni possibili abusi della libertà d'espressione nel web*, cit., p. 131. L'A. richiama questa metafora per porre in evidenza i suoi limiti perché è stata elaborata agli albori di Internet e prima dello sviluppo che l'ha caratterizzato.

¹¹ E. Andreoli, *Freedom of Speech e comunicazione digitale: spunti di riflessione dall'esperienza costituzionale statunitense*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 29 ss.

esaminati dall'autore, sono *Packingam v. North Carolina*¹² e *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*¹³. Le pronunce della Corte Suprema federale sono rilevanti perché assimilano i *social media* a dei *public fora* e affermano l'incostituzionalità di eventuali limitazioni della libertà di parola, effettuate da un soggetto titolare di funzioni pubbliche nell'ambito di un *account* di una piattaforma digitale, in base alla tutela della libertà d'espressione predisposta dal *First Amendment*¹⁴. Tuttavia, l'autore rileva l'esistenza di problemi aperti con riferimento alla possibilità di considerare incostituzionali solamente le restrizioni di questa libertà poste in essere dai *government actors* e non anche quelle realizzate dai proprietari delle piattaforme digitali, che sono, invece, soggetti privati¹⁵.

L'idea del *web* come luogo e strumento ideale per l'esercizio di libertà fondamentali per lo stato democratico, prima tra tutte la libertà d'espressione, è smentita e superata dalle dinamiche che attualmente caratterizzano le piattaforme digitali. In questo senso, il contributo di Fabio Ferrari¹⁶ pone in evidenza come la libertà d'espressione *online* venga utilizzata in modo pretestuoso, a detrimento della qualità del dibattito pubblico e a danno del diritto d'autore. Per quanto riguarda il primo aspetto, l'autore rileva l'esistenza di un paradosso, «ai limiti dell'eterogenesi dei fini», nell'ambito dello spazio digitale¹⁷: viene predisposta una forte tutela della manifestazione del pensiero per tutelare la democrazia, che si basa su un confronto di idee libero; ma risulta evidente il “deteriore stato di salute del dibattito pubblico, causato anche e forse soprattutto dalle nuove forme tecnologiche di comunicazione”¹⁸, mediante le quali si realizza la circolazione di un enorme flusso di informazioni senza un controllo efficace. L'utilizzo più *retorico* della libertà d'espressione, secondo Ferrari, si può rinvenire in relazione al diritto d'autore. Sul punto, l'autore critica il ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in alcune pronunce¹⁹, in base al quale la tutela del diritto d'autore determina una compressione della libertà

¹² 137 S. Ct. 1730 (2017).

¹³ In particolare, è intervenuta prima la District Court of New York con la decisione 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y., 2018) e poi il Second Circuit, titolare della decisione in grado d'appello, ha confermato la pronuncia di primo grado con la decisione 928 F.3d 226 (2d Circ., 2019).

¹⁴ Cfr. E. Andreoli, *Freedom of Speech e comunicazione digitale*, cit., pp. 35-41.

¹⁵ *Ivi*, pp. 44-45.

¹⁶ Cfr. F. Ferrari, *Su possibili abusi della libertà di espressione nel web*, cit., p. 123 ss.

¹⁷ *Ivi*, p. 129.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Le sentenze analizzate sono Corte Giust., C-466/12, che ha deciso il cd. caso *Svensson*, e Corte Giust., C-169/15, che ha deciso il cd. caso *GS Media*.

d'espressione perché impedisce di accedere a determinati contenuti²⁰.

Un ulteriore aspetto problematico della comunicazione nelle piattaforme digitali è costituito dalla diffusione di notizie false, fenomeno su cui concentra la sua attenzione Daniele Butturini²¹. Le *fake news* creano disinformazione²², incidendo negativamente su alcuni dei presupposti più importanti di una società democratica: la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., e, di conseguenza, il pluralismo informativo, basato sulla massima diffusione di informazioni di carattere veritiero. Infatti, non si può ritenere che vi sia una libera e genuina manifestazione del pensiero se il processo mediante il quale un soggetto forma le sue opinioni su fatti socialmente rilevanti è viziato perché basato su notizie che sono spacciate per vere, pur essendo false²³. Inoltre, ricorrendo alla profilazione, le piattaforme selezionano i contenuti da rendere visibili agli utenti non tanto in base alla loro veridicità²⁴ quanto in base alla maggiore o minore aderenza alle visioni culturali del soggetto profilato²⁵. In questo modo, il pluralismo viene leso perché viene limitata la varietà di notizie cui il soggetto accede e viene ridotta la possibilità che l'utente, fidelizzato ad una piattaforma, intenda aprirsi ad altre fonti di notizie con le quali confrontare le informazioni frutto della profilazione²⁶.

Alcune caratteristiche della Rete, come la sua capacità di memorizzare in maniera permanente le informazioni immesse *online*, pongono dei problemi anche in relazione al diritto all'oblio. Si tratta di un diritto di matrice giurisprudenziale, concepito come strettamente connesso al diritto alla tutela dell'identità personale, garantito dagli artt. 2 e 3

²⁰ Cfr. F. Ferrari, op. cit., pp. 137-141. L'A. pone in evidenza che in realtà, proteggendo il diritto d'autore, si richiede solamente di riconoscere un giusto corrispettivo al titolare dell'opera e non si impedisce agli utenti di accedere ai contenuti, a meno che per accesso non si intenda la gratuità del prodotto.

²¹ D. Butturini, *Le notizie false su Internet e il ruolo delle piattaforme digitali*, cit., p. 75 ss.

²² *Ivi*, p. 85.

²³ Per quanto riguarda questo aspetto, l'A. condivide l'idea di G. Gemma, *La libertà di formazione del pensiero quale autonomo e specifico diritto costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. II. *La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, Napoli 2014, p. 325 ss. Secondo quest'ultima, la libertà di manifestazione del pensiero si fonda su una vera e propria libertà di formazione del pensiero, intesa come libertà negativa dalla manipolazione del pensiero e, dunque, una situazione giuridica soggettiva che si può opporre alla manipolazione delle informazioni da parte di poteri sia pubblici che privati.

²⁴ Cfr. D. Butturini, *Le notizie false*, cit., p. 103. Sul punto, l'A. fa notare le differenze tra i *social media* e le testate giornalistiche, tenute al rispetto di vincoli giuridici di diritto oggettivo e di norme deontologiche, da p. 92 ss.

²⁵ Vengono a crearsi situazioni note come *eco chamber* – camera d'eco – su cui si veda D. Butturini, op. cit., p. 90. Si tratta di situazioni in cui l'utente del social media accoglie e condivide le informazioni proposte senza riflettere sulla loro veridicità perché quelle informazioni confermano i suoi pregiudizi. Ciò determina la nascita di gruppi sociali chiusi e fortemente polarizzati da un punto di vista culturale.

²⁶ Sul punto D. Butturini, op. cit., p. 104 opera una distinzione tra pluralismo interno ed esterno.

Cost.²⁷, e su cui concentra la sua attenzione Matteo Frau²⁸. Questo diritto, secondo l'autore, è attualmente minacciato dal tentativo di fissare, mediante una disciplina normativa²⁹, i criteri che devono guidare le corti e le autorità nazionali nel bilanciamento con altri interessi pure rilevanti³⁰. Una regolamentazione rigida del diritto in questione comporta il rischio di un'automatica prevalenza dell'interesse all'informazione e alla divulgazione delle informazioni relative ad un soggetto³¹, anche quando queste informazioni siano relative al passato e quindi l'interesse verso queste ultime non sia più effettivo e attuale³². Per scongiurare simili situazioni, l'autore ritiene opportuno lasciare discrezionalità ai giudici, così che stabiliscano, di volta in volta, quale è il grado di tutela e il peso da attribuire a questo diritto rispetto agli altri interessi in gioco a seconda delle caratteristiche del caso, in linea con le indicazioni provenienti dalla Corte di Cassazione.

Il ruolo centrale assunto dalle piattaforme digitali risulta evidente dal progressivo coinvolgimento delle stesse in un numero di funzioni e interazioni sempre maggiore, tanto che si può parlare di una *piattaformizzazione* dello spazio pubblico³³. In virtù di questa centralità, ci si potrebbe domandare se sia possibile configurare uno statuto costituzionale dei *social network* e, di conseguenza, se il rapporto tra utenti e piattaforme sia ancora configurabile esclusivamente in termini privatistici. È a questa domanda che risponde lo scritto di Marco Bassini³⁴. A seguito di una ricostruzione degli approdi giurisprudenziali cui si è giunti negli Stati Uniti³⁵ e in Italia³⁶, l'autore prende atto dell'incertezza sullo

²⁷ Cass., sentenza 5 aprile 2012, n. 5525.

²⁸ M. Frau, *L'evoluzione del diritto all'oblio nella rete di Internet*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 147 ss.

²⁹ M. Frau, *op. cit.*, pp. 158-159 analizza il *General Data Protection Regulation*, anche noto con l'acronimo "GDPR", ovvero il Regolamento sulla tutela dei dati personali n. 679 del 2017. In particolare, l'Autore pone in evidenza l'erronea assimilazione, di cui all'art. 17 del Regolamento, tra il diritto all'oblio e il diritto alla cancellazione dei dati, poiché quest'ultimo è solo una delle modalità attraverso le quali può essere tutelato il diritto all'oblio.

³⁰ *Ivi*, p. 162.

³¹ M. Frau, *op. cit.*, p. 170.

³² Sul punto, l'Autore richiama a Cass., 26 giugno 2013, n. 16111 e Cass., Sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681. Con la prima sentenza, la Cassazione afferma la necessità che il diritto all'oblio ceda il passo al diritto di cronaca solamente nel caso in cui vi sia un interesse «effettivo ed attuale alla diffusione della notizia», poiché, altrimenti, si riconoscerebbe a quest'ultimo diritto una permanenza automatica, anche laddove il contesto storico sia, al contrario, mutato. Con la sentenza del 2019, la Corte fa invece riferimento all'esigenza di lasciare spazio alla discrezionalità del giudice nel contemperare il diritto all'oblio con l'interesse alla divulgazione.

³³ Cfr. M. Bassini, *Lo statuto costituzionale dei social network: nuovi attori e servizi pubblici?*, cit., pp. 51.

³⁴ *Ivi*, pp. 47 ss.

³⁵ Il riferimento è alle decisioni *Packingham v. State of North Carolina*, 582 U. S. (2017); *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018) e a *Praeger University v. Google LLC*, Case No. 18-15712.

³⁶ M. Bassini, *op. cit.*, p. 65. L'A. analizza tre decisioni del Tribunale di Roma: Trib. Roma, sez. impresa, ord. 12 dicembre 2019, confermata, in sede di reclamo cautelare, dall'ordinanza collegiale Trib. Roma, sez.

statuto giuridico delle piattaforme e, tuttavia, ritiene che l'attribuzione di funzioni pubbliche ai *social network* debba escludersi in quanto foriera di alcune criticità³⁷. Infatti, una configurazione di questo tipo potrebbe, tra le altre cose, ridurre gli spazi d'intervento sui contenuti, ancorando il potere di moderazione delle piattaforme alla sola disciplina statale e non anche alle condizioni di servizio. Queste ultime potrebbero al contrario prevedere margini di intervento più ampi e più efficaci nella lotta alla diffusione della disinformazione, costituita non solo dai contenuti illeciti ma anche, ad esempio, dalle notizie false.

Il peso determinante assunto dalle piattaforme digitali pone l'esigenza di regolamentare la loro attività, almeno nei suoi aspetti più essenziali, tra i quali vi è sicuramente la responsabilità degli intermediari per i contenuti diffusi dagli utenti tramite i servizi da loro offerti. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il contributo di Maria Romana Allegri³⁸ si incentra sulla proposta di regolamento, presentata dalla Commissione europea alla fine del 2020 in materia di mercato unico dei servizi digitali, il *Digital Services Act* (DSA)³⁹. Occorre qui aggiungere che la proposta è stata poi approvata il 5 luglio 2022 dal Parlamento europeo e il regolamento è entrato in vigore dal 2023⁴⁰. Quest'ultimo supera la normativa precedentemente vigente, di cui alla direttiva 2000/31/CE, predisponendo una disciplina adeguata al ruolo non più passivo ma attivo dei *provider*, in ragione del fatto che questi ultimi non si limitano a fornire uno spazio o un collegamento ad Internet con cui condividere contenuti, bensì sono portatori di interessi economici, dotati della capacità di organizzare i contenuti mediante gli algoritmi.

Il DSA testimonia la tendenza dell'Unione europea a voler ottenere maggiore sovranità nell'ambiente digitale, sostituendosi non solo alle grandi imprese multinazionali operanti nel settore, ma anche agli Stati membri⁴¹. Nell'ambiente di Internet, privo di confini, la sovranità statale risulta indebolita, dal punto di vista del suo legame con il territorio, e lo stato perde il potere di controllare i comportamenti di coloro che operano in uno stesso

impresa, 29 aprile 2020 (caso *CasaPound c. Facebook*); Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione, ord 23 febbraio 2020 (caso *Forza Nuova c. Facebook*).

³⁷ M. Bassini, op. cit., pp. 70-73.

³⁸ M. R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali nella proposta di regolamento europeo dei servizi digitali*, cit., p. 3 ss. Sul Digital Services Act cfr. M. Bassini, *L'Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 224.

³⁹ COM (2020) 825 del 15 dicembre 2020.

⁴⁰ Reg. UE 2022/2065.

⁴¹ V. M. R. Allegri, *La responsabilità degli intermediari digitali*, cit., p. 27.

ambiente⁴². Allo stesso tempo, le piattaforme digitali si affermano come nuovi poteri sovrani, ponendosi come *gatekeepers* dello spazio digitale⁴³ e incidendo sull'esercizio di libertà fondamentali. A fronte della difficoltà degli Stati nel disciplinare in via autonoma l'attività delle piattaforme digitali, l'Unione europea, a partire dalla fine del 2020, ha iniziato a rivendicare sovranità digitale, dettando delle regole a livello sovranazionale mediante le quali attuare e garantire le libertà e i valori costituzionali europei anche nell'ambiente digitale. Di tale vocazione dell'Unione europea si occupa il contributo di Giulia Tiberi⁴⁴. L'autrice richiama una serie di iniziative dell'Unione europea, adottate a partire dalla fine del 2020, dalle quali emerge un vero e proprio "modello europeo"⁴⁵. Quest'ultimo, delineato compiutamente nella Comunicazione presentata dalla Commissione europea il 9 marzo 2021, intitolata *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade*⁴⁶, è caratterizzato da un'inedita integrazione tra il massimo utilizzo dei dati per lo sviluppo economico nel mercato unico, da un lato, e dalla presenza di elevati *standard* etici, di *privacy* e di sicurezza, dall'altro⁴⁷.

3. L'esercizio dei diritti e le nuove tecnologie.

Proseguendo nell'analisi del volume, nella seconda parte, l'attenzione viene posta sui diritti, ambito nel quale risultano molto evidenti le conseguenze prodotte dalle nuove tecnologie. Il progresso tecnologico ha sicuramente comportato dei vantaggi, consentendo l'esercizio di diritti anche laddove in precedenza non sarebbe stato possibile, come è

⁴² G. Tiberi, *L'irresistibile ascesa della sovranità digitale europea*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, p. 186. Nello stesso senso M. R. Allegri, op. cit., p. 25. Sul punto cfr. M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 41 ss., sostiene che l'indebolimento della sovranità statale, come conseguenza della globalizzazione, sia solo apparente poiché, se pure gli Stati hanno qualche difficoltà nella regolazione delle dinamiche della Rete, le caratteristiche del mondo digitale sono state determinate anche dall'applicazione delle normative statali e sovranazionali.

⁴³ Sulla funzione di "custodi" digitali svolta dalle piattaforme v. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 4.

⁴⁴ G. Tiberi, *L'irresistibile ascesa della sovranità digitale europea*, cit., p. 175 ss.

⁴⁵ G. Tiberi, op. cit., *passim*. In particolare, vi è la proposta di regolamento sulla governance dei dati, il *Data Governance Act* (COM 2020 767 final); la proposta di regolamento volta a garantire la concorrenza nei mercati digitali, il *Digital Market Act* (COM 2020 842 final); il già citato *Digital Services Act* (DSA) sul mercato unico dei servizi digitali; infine, la prima proposta sullo sviluppo e sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale, l'*Artificial Intelligence Act* (COM 2021 206 final.).

⁴⁶ COM (2021) 118 del 9 marzo 2021, p. 1.

⁴⁷ G. Tiberi, op. cit., p. 189. Si tratta, secondo l'autrice, di un "concetto-ombrello", in quanto composto da iniziative che riguardano l'aspetto normativo, quello infrastrutturale e quello economico, tutte volte a far sì che l'Unione europea si renda indipendente da influenze esterne.

accaduto, ad esempio, nel caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Allo stesso tempo, però, l'utilizzo delle nuove tecnologie può determinare, e talvolta ha in concreto determinato, delle conseguenze negative per la tutela di alcuni diritti, anche di carattere fondamentale.

Tra questi vi è sicuramente il diritto allo studio, analizzato da Luigi Franco con riferimento alle sue modalità di esercizio durante l'emergenza pandemica⁴⁸. È stato possibile garantire la continuità del suo esercizio mediante l'introduzione della didattica a distanza (DaD), una modalità di erogazione delle prestazioni didattiche, durante la sospensione della didattica in presenza, che prevede il ricorso agli strumenti tecnologici ed informatici⁴⁹. La sua previsione è avvenuta in modo improvviso, per far fronte a situazioni di emergenza e urgenza, e ha, tuttavia, prodotto anche delle conseguenze negative, come risulta da varie ricerche cui fa riferimento l'autore⁵⁰. In particolare, i risultati delle ricerche dimostrano che la DaD non ha raggiunto in modo adeguato tra il 20% e il 25% degli studenti a causa dell'insufficienza tecnologica, della rete di infrastrutture e della connettività, con il risultato di aumentare la *povertà educativa*. Inoltre, si è verificata una lesione della funzione perequatrice della scuola, determinata dal fatto che sono stati colpiti gli studenti socialmente più svantaggiati e dall'aumento delle differenze intercorrenti tra le Regioni, penalizzando soprattutto quelle meridionali⁵¹.

Le nuove tecnologie hanno inciso fortemente anche sul mondo del lavoro, andando a cambiare il modo di intendere i luoghi, i tempi e le modalità di svolgimento delle attività lavorative. Un esempio di questo è lo *smart working*, di cui si occupa lo scritto di Gloria

⁴⁸ L. Franco, *La scuola scritta con la matita nella pandemia: tra didattica a distanza, didattica digitale integrativa e nuove tecnologie*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 241 ss.

⁴⁹ L'introduzione della didattica a distanza è avvenuta mediante i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M.) del 25 febbraio e del 1° marzo 2020, che trovano la loro base giuridica sul decreto-legge n. 6/2020. Quest'ultimo decreto ha suscitato un dibattito in dottrina a causa dell'ampiezza dei poteri attribuiti alle autorità competenti. Cfr., *ex multis*, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 109 ss.; G. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 179 ss.; M. Calamo Specchia, A. Lucarelli e F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 414.

⁵⁰ L. Franco, op. cit., p. 256-257. Si tratta della ricerca nazionale SIRD (Società Italiana di Ricerca Didattica) *Per un confronto sulle modalità di didattica a distanza adottate nelle scuole italiane nel periodo di emergenza COVID-19*; del rapporto CENSIS, *La scuola e i suoi esclusi*; del rapporto SVIMEZ sull'economia e la società del Mezzogiorno, intitolato *L'Italia disuguale di fronte all'emergenza pandemica; il contributo del sud alla ricostruzione*; dell'indagine del CNR, *La famiglia e la scuola ai tempi Covid-19*; della ricerca di Save the children intitolata *L'impatto del coronavirus sulla povertà educativa*; del Dossier della Fondazione Agnelli, *La DaD nell'anno scolastico 2020-21: una fotografia*. Per i riferimenti sugli indirizzi Internet v. L. Franco, op. cit., p. 256, da nota 102 a 107.

⁵¹ L. Franco, op. cit., pp. 257-258.

Marchetti, ponendo l'accento sulla necessità di considerare e porre rimedio agli effetti negativi prodotti dal ricorso agli strumenti tecnologici a fini lavorativi⁵². In particolare, lo *smart working* è stato introdotto dalla legge n. 81 del 2017⁵³ con lo scopo di favorire una conciliazione tra i tempi di lavoro e la sfera privata del lavoratore. Offrendo maggiore flessibilità, esso consente la creazione di maggiori opportunità di occupazione anche per le donne che svolgono attività di cura, in modo da ridurre il *gender gap*. Tuttavia, questa nuova forma di lavoro è caratterizzata dall'utilizzo di strumenti digitali che possono far sorgere il rischio di *iperconnessione*, a danno del diritto al riposo di cui all'art. 36 Cost. e del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. Inoltre, essa può determinare un sovraccarico di responsabilità, soprattutto in capo alle lavoratrici donne, aumentando il *gender gap*. Alla luce di tutto questo, l'autrice pone in evidenza la necessità di disciplinare compiutamente un diritto alla disconnessione dal lavoro, da concepire in maniera ampia, come diritto a una vita privata, in un contesto di relazioni sociali, senza interferenze con la vita lavorativa⁵⁴. Questa concezione di carattere ampio si può rinvenire anche nell'ambito dell'Unione europea, come si evince dalla risoluzione con cui il Parlamento europeo ha raccomandato alla Commissione⁵⁵ di avanzare una proposta di direttiva che riconosce il diritto alla disconnessione, prevedendo uno *standard* di disciplina a livello europeo⁵⁶.

La questione delle conseguenze prodotte dalle nuove tecnologie si pone anche in relazione al diritto alla salute, anche se, in questo caso, presenta dei caratteri peculiari, come rilevato da Donatella Morana nel suo scritto⁵⁷. Nell'ambito della tutela della salute vi è un collegamento funzionale tra il progresso tecnico-scientifico e il diritto alla salute in base al quale il progresso tecnico non è una mera eventualità ma, al contrario, è una finalità che deve essere perseguita dalle istituzioni repubblicane in virtù del dovere di promozione della

⁵² G. Marchetti, *Il diritto alla disconnessione dal lavoro tra riconoscimento nell'ordinamento italiano e proposta di tutela europea*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 297 ss.

⁵³ Legge 22 maggio 2017, n. 81 (*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro subordinato*).

⁵⁴ Cfr. G. Marchetti, *op. cit.*, pp. 306-311. Nel senso di una concezione del diritto alla disconnessione come estensione del diritto alla *privacy* cfr. N. Miniscalco, *Il diritto alla disconnessione: un nuovo profilo della privacy nel terzo millennio*, in Aa. Vv., *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, cit., p. 457.

⁵⁵ Risoluzione del 21 gennaio 2021.

⁵⁶ V. G. Marchetti, *op. cit.*, p. 313. L'A. precisa, a p. 316, che, in Italia, con legge 6 maggio 2021, n. 61, di conversione del d. l. 13 marzo 2021, n.30 è stato previsto il diritto alla disconnessione ma solamente per gli *smart worker*, e non per tutti i lavoratori. Inoltre, la definizione delle modalità e degli orari di disconnessione viene affidata all'accordo individuale, e non alla contrattazione collettiva, col rischio di porre il lavoratore in una posizione di debolezza rispetto al datore di lavoro. Dunque, secondo l'A., è auspicabile l'adozione della direttiva per garantire una tutela effettiva a questo diritto.

⁵⁷ D. Morana, *Diritto alla salute, ricerca tecnico-scientifica e innovazioni tecnologiche*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 321 ss.

ricerca tecnica e scientifica, imposto dall'art. 9 Cost. Sotto questo punto di vista, l'autrice prende in considerazione il fenomeno di recente diffusione costituito dalla sanità digitale, espressione che fa riferimento alle ipotesi di applicazione delle *information and communication technologies* (ICT) nell'ambito sanitario⁵⁸. Alcune applicazioni delle ICT, quali il fascicolo sanitario elettronico e la telemedicina, sono state largamente utilizzate durante la pandemia, consentendo la continuazione del rapporto di cura tra medico e paziente anche a distanza. Alla luce di questo loro potenziale, viene prospettata la possibilità di utilizzare questi strumenti anche in via ordinaria, purché siano adoperati nel rispetto delle garanzie costituzionali previste in tema di tutela della salute quali il rispetto della persona umana e il consenso informato del paziente⁵⁹.

Un altro ambito di sviluppo delle nuove tecnologie è quello delle tecniche riproduttive. L'elaborazione di nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita ha ampliato il diritto alla procreazione, fornendo la possibilità di diventare genitori anche laddove in natura non sarebbe possibile. Tuttavia, queste tecniche pongono problemi da un punto di vista giuridico come, ad esempio, la contrapposizione tra il diritto all'anonimato del donatore e il diritto del figlio, nato da pratiche eterologhe, alla conoscenza delle proprie origini, poiché quest'ultimo comprende il diritto di accedere ai dati identificativi del donatore. Questa contrapposizione è oggetto del contributo di Ilaria Carlotto⁶⁰. Dopo una disamina dei diversi ordinamenti che tutelano⁶¹ e che vietano⁶² l'anonimato del donatore, l'autrice pone in evidenza come, negli ordinamenti che accordano preminenza all'anonimato, tra i quali vi è anche il nostro⁶³, viene attribuito un diverso peso al diritto alle origini, a seconda che la filiazione sia il frutto di una procreazione eterologa o di

⁵⁸ Il fenomeno comprende tanto l'*eHealth* quanto le aree emergenti che coinvolgono l'utilizzo di *big data*, come la genomica e le applicazioni medico sanitarie dell'Intelligenza Artificiale.

⁵⁹ Cfr. D. Morana, op. cit., pp. 337-338.

⁶⁰ I. Carlotto, *Le nuove tecniche riproduttive: riflessioni sulle pratiche eterologhe e l'anonimato del donatore*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 219 ss.

⁶¹ V. I. Carlotto, op. cit., p. 225. Tra i paesi che tutelano l'anonimato vi sono la Spagna, la Grecia. Anche la Francia e il Portogallo, rispettivamente fino al 2021 e al 2018, tutelavano l'anonimato. In seguito, però, in Francia, l'approvazione della legge n. 2012.1017 del 2 agosto 2021 ha rimosso l'anonimato del donatore concedendo al figlio di accedere ai dati al compimento della maggiore età. Invece, in Portogallo, la regola dell'anonimato del donatore, prevista dalla legge n. 32 del 2006, è stata dichiarata illegittima dal Tribunale costituzionale portoghese con sentenza n. 225 del 2018.

⁶² I. Carlotto, op. cit., p. 223 fa riferimento alla Gran Bretagna, alla Germania, alla Norvegia, alla Finlandia, alla Svizzera, all'Austria, ai Paesi Bassi e alla Svezia.

⁶³ Sul punto, I. Carlotto, op. cit., p. 228. In particolare, nel nostro ordinamento la legge 19 febbraio 2004, n. 40 aveva vietato le pratiche eterologhe e ciò aveva ridimensionato il problema del riconoscimento del diritto alle origini. In seguito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato incostituzionale la legge in questione nella parte in cui non consente il ricorso alle pratiche di fecondazione eterologa nemmeno nell'ipotesi di coppia sterile o assolutamente infertile. Ha ampliato, in questo modo, i diritti della coppia ma non ha fatto chiarezza in merito al diritto alle origini del figlio.

adozione. Così, mentre in caso di adozione, a questo diritto viene riconosciuto rango costituzionale, in quanto concepito come necessario ai fini della ricostruzione dell'identità personale, lo stesso non viene riconosciuto al figlio nato a seguito di procreazione eterologa, venendosi così a creare un'evidente disparità di trattamento. Questa disparità non può essere giustificata dal diverso tipo di rapporto che intercorre, da un lato, tra il genitore biologico e figlio adottato e, dall'altro, tra il donatore e il figlio eterologo perché con la donazione di gameti vi è comunque la trasmissione di patrimonio genetico e, dunque, di tratti somatici e caratteriali che sicuramente sono parte dell'identità della persona⁶⁴. Dunque, è necessario riconoscere questo diritto anche al figlio eterologo in quanto diritto strettamente connesso all'identità personale.

Considerando i diritti nel loro insieme, lo sviluppo tecnologico ha determinato la creazione di sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) che riescono a risolvere problemi complessi, mediante l'utilizzo della logica e di algoritmi che elaborano *set* di dati provenienti dall'esterno. Tuttavia, da un punto di vista giuridico, questi sistemi possono essere utilizzati in modo distorto, producendo delle decisioni con effetti discriminatori nei confronti di alcuni individui o gruppi sociali, come rilevato da Giovanni Guiglia nel suo scritto⁶⁵. L'autore rinviene la ragione di queste decisioni discriminatorie nel fatto che esse si fondano su dati che sono a loro volta falsati da orientamenti culturali e pregiudizi dei programmatori della macchina. Inoltre, nella maggior parte dei casi, si tratta di discriminazioni indirette, che risultano difficili da comprendere e da dimostrare da parte dei loro destinatari⁶⁶. Uno strumento di tutela dei diritti a fronte di tali discriminazioni è costituito dalla disciplina sul trattamento dei dati personali che, grazie all'alto livello di sicurezza e trasparenza raggiunto, ha aumentato la responsabilità giuridica di chi effettua il trattamento⁶⁷. Inoltre, tanto l'Unione europea quanto il Consiglio d'Europa stanno

⁶⁴ Cfr. I. Carlotto, *op. cit.*, pp. 231-235.

⁶⁵ V. G. Guglia, *L'Intelligenza Artificiale e la tutela dei diritti umani*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., pp. 267 ss. Sul punto cfr. G. Fares, *Diritti sociali e nuove tecnologie*, in P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, cit., p. 80 e, Ivi, C. Nardocci, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, p. 242 ss.

⁶⁶ Ivi, p. 270. L'A. sostiene che l'opacità che caratterizza il sistema di IA si trasmette alla decisione da questo elaborata, rendendola altrettanto opaca. Sul punto, da ultimo, A. Simoncini, *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, p. 1 ss.

⁶⁷ Le vigenti normative in materia di tutela dei dati sono, a livello europeo, il già citato Regolamento generale dell'Unione europea, n. 679 del 2016, ovvero il *General Data Protection Regulation* (GDPR) e, a livello internazionale, la Convenzione n. 108 del 1981, adottata dal Consiglio d'Europa.

cercando di adottare regole nuove⁶⁸, con lo scopo di favorire uno sviluppo dei sistemi di IA che sia rispettoso dei valori etici e dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo.

4. Le applicazioni delle nuove tecnologie ai processi decisionali.

La terza ed ultima parte del volume si incentra sull'impatto prodotto dall'innovazione tecnologica sui processi decisionali che caratterizzano le moderne democrazie rappresentative, analizzando le problematiche poste dall'utilizzo delle nuove tecnologie, anche con riferimento a quest'ambito.

Il primo processo decisionale che svolge un ruolo centrale in ogni ordinamento democratico è costituito dal voto mediante il quale i cittadini eleggono i loro rappresentanti. L'applicazione delle nuove tecnologie al diritto di voto consente l'espressione del suffragio tramite la forma del voto elettronico, oggetto dello scritto di Stefano Catalano⁶⁹. La riflessione su questa modalità di voto prende le mosse dall'adozione del decreto del 9 luglio 2021 da parte del Ministero dell'Interno contenente linee guida per la sperimentazione del voto in via digitale, per garantire l'esercizio del diritto di voto agli italiani all'estero e a coloro che non si trovino nel comune nella cui lista sono iscritti per ragioni mediche, di lavoro o di studio⁷⁰, ampliando in modo evidente la partecipazione al procedimento elettorale. Dopo aver ricordato la differenza tra voto elettronico *presidiato* e *non presidiato*⁷¹, l'autore valuta la legittimità di queste modalità di espressione del suffragio rispetto all'art. 48 Cost., che attribuisce il valore di principio fondamentale

⁶⁸ V. G. Guglia, op. cit., p. 279. Per quanto attiene all'Unione europea, l'iniziativa più rilevante è la già citata *Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, presentata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 21 aprile 2021 con la Comunicazione n. 206. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel 2018 è stato adottato un Protocollo di emendamento della Convenzione 108 che ha dato vita alla *Convenzione 108* (CETS n. 223).

⁶⁹ S. Catalano, *Il voto elettronico*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 341.

⁷⁰ Si tratta del decreto adottato il 9 luglio 2021 dal Ministero dell'Interno di concerto con il Ministero per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, che approva *Linee guida per la sperimentazione di modalità di espressione del voto in via digitale per le elezioni politiche ed europee e per i referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione limitata a modelli che a modelli che garantiscano il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti*.

⁷¹ Il voto elettronico *presidiato* è costituito dall'espressione della volontà mediante strumenti informatici all'interno dei seggi, quindi in luoghi pubblici controllati dall'amministrazione statale mediante un personale apposito. Il voto elettronico *non presidiato* è espresso a distanza, mediante l'utilizzo di un dispositivo dotato di accesso alla rete Internet.

dell'ordinamento costituzionale al diritto di voto e ai requisiti di personalità, uguaglianza, segretezza e libertà che devono caratterizzarlo. Il voto elettronico, secondo l'autore, non risulta compatibile con la Costituzione in quanto inidoneo a garantire congiuntamente la segretezza del voto e la verificabilità del procedimento elettorale da parte di ogni cittadino, a danno della libertà del voto e della genuinità dello stesso, intesa come capacità del sistema di esprimere in modo esatto la volontà manifestata dall'elettore. Tuttavia, l'autore non esclude che, laddove si trovino soluzioni ai problemi delineati, simili sistemi di voto possano trovare applicazione. Ciò è possibile soprattutto in relazione al voto elettronico presidiato, le cui criticità sono essenzialmente di carattere tecnico, di sicurezza del funzionamento dei sistemi di voto. In tal caso, quest'ultima modalità di voto si rivelerebbe quella più efficace per permettere la partecipazione degli elettori italiani all'estero o che si trovano lontani dal luogo di residenza, consentendo loro di votare in modo sicuro nei consolati o nelle ambasciate, in condizioni equivalenti a quelle assicurate nei seggi situati nel territorio nazionale⁷².

Un altro processo decisionale al quale potrebbero essere applicate le nuove tecnologie e, in particolare, i sistemi computazionali, è costituito dal giudizio in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, profilo di cui si occupa Paolo Zicchittu⁷³. Questi prospetta un impiego di sistemi di intelligenza artificiale che possano realizzare un controllo della creatività giurisprudenziale, prevedendo gli sviluppi giurisprudenziali in termini probabilistici e legando la Corte al rispetto dei propri precedenti e delle regole del processo costituzionale per quanto attiene alla definizione di aspetti processuali e non anche alla decisione del merito⁷⁴. Il monitoraggio contribuirebbe a garantire la certezza del diritto e ad aumentare la legittimazione della Corte di fronte alle altre istituzioni e alla comunità politica, poiché, rendendo conoscibili le ragioni alla base di una decisione più *creativa*, consentirebbe un confronto tra giudice costituzionale e società civile.

Da un punto di vista più generale, come accennato in precedenza, lo sviluppo dell'ambiente digitale influisce sulla democrazia rappresentativa tanto in relazione alla rappresentanza politica quanto con riferimento alle forme di partecipazione politica⁷⁵. Un esempio di

⁷² S. Catalano, op. cit., p. 370-372.

⁷³ P. Zicchittu, *Le 'macchine' custodi? Riflessioni attorno al concetto di giustizia costituzionale predittiva*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 401.

⁷⁴ Ivi, p. 418.

⁷⁵ Cfr. sul tema C. F. Ferrajoli, *Rappresentanza e partecipazione politica*, in P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, cit., p. 123 ss.

questa trasformazione è costituito dalla raccolta di firme per i referendum abrogativi in materia di eutanasia e di uso legale della cannabis, che è avvenuta nel nostro ordinamento nel 2021, sulla base delle nuove modalità introdotte dal legislatore⁷⁶, consentendo la raccolta di quasi un milione di firme in pochi mesi. Sotto questo punto di vista, la Rete sembra fornire la possibilità di attuare una democrazia diretta, intesa come gestione del potere politico direttamente da parte dei cittadini. Anche in ragione della crisi di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative, il contributo di Mario Patrono tenta di comprendere se mediante il digitale si possa di fatto realizzare una democrazia diretta, in sostituzione di quella rappresentativa⁷⁷. L'autore ritiene che ciò non sia possibile per il rischio che la democrazia diretta sfoci nel suo contrario e, quindi, in una democrazia plebiscitaria, guidata da un soggetto che indichi al popolo quali sono realmente i suoi bisogni e in cui le libertà individuali e collettive, i sistemi di tutela e garanzia, la legalità dell'azione del Governo e i diritti delle minoranze sono tutelati solo formalmente. Di fronte all'inadeguatezza delle istituzioni rappresentative a soddisfare le aspettative di una società in continuo cambiamento e all'impossibilità di attuare delle alternative come la democrazia diretta, è necessario operare sulla struttura e sull'uso di tutti i poteri pubblici nel loro complesso e risolvere la crisi vissuta dal sistema partitico⁷⁸.

5. Considerazioni conclusive.

All'esito della ricostruzione e dell'esposizione delle questioni principali trattate da ciascun autore all'interno del volume, pare opportuno svolgere delle osservazioni.

Il volume offre una panoramica da un punto di vista giuridico delle diverse conseguenze prodotte dall'evoluzione tecnologica nell'ambito della comunicazione, con riferimento ai diritti dell'individuo e con riferimento ai processi decisionali caratterizzanti una democrazia rappresentativa e, per ciascun ambito, ciò che rileva è l'ambivalenza di questi strumenti tecnologici che, da un lato, mostrano un potenziale virtuoso in termini di garanzia di diritti e, dall'altro, sono suscettibili di mettere a rischio quegli stessi diritti. I diversi

⁷⁶ Il riferimento è all'art. 38-*quater* del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108.

⁷⁷ M. Patrono, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nell'era digitale. Breve storia di un futuro (im)possibile*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 373.

⁷⁸ M. Patrono, op. cit., p. 398.

contributi illustrano i vantaggi prodotti da queste innovazioni rispetto a vari aspetti della vita di ciascuno⁷⁹. Si pensi innanzitutto alla libertà d'espressione, che, grazie alla Rete, si è potuta espandere in maniera notevolmente più ampia rispetto a come aveva fatto con gli altri mezzi di comunicazione di massa. Benefici si sono avuti anche a favore del diritto allo studio, del diritto al lavoro e del diritto alla salute, la cui continuità è stata garantita anche in un momento di emergenza, proprio mediante l'impiego alle innovazioni tecnologiche. Inoltre, in prospettiva, l'utilizzo di strumenti informatici può produrre effetti positivi anche con riferimento alla rappresentanza e alla partecipazione politica.

Tuttavia, i problemi e i rischi che emergono dall'utilizzo di questi nuovi strumenti sono altrettanto chiari. Con riferimento alla comunicazione, la comparsa di grandi attori privati che controllano le piattaforme digitali su cui circolano le informazioni e utilizzano i dati degli utenti per interessi economici pone problemi in termini di tutela dei dati degli utenti, di difficoltà di controllare la qualità dell'informazione che circola in Rete, con conseguente diffusione di notizie false, e di crisi della sovranità statale legata al territorio. Allo stesso modo, molteplici sono i problemi sorti con riferimento anche ai diritti: si pensi alle disuguaglianze sociali tra regioni acuite dal ricorso alla didattica a distanza e alla mancanza di un'efficace tutela del diritto alla disconnessione. Dunque, come giustamente evidenziato da Massimo Luciani, "opportunità e pericoli fatalmente si intrecciano" nell'ambito del rapporto tra le nuove tecnologie e i diritti costituzionali⁸⁰.

Di conseguenza, emerge un'esigenza di regolamentazione delle modalità di utilizzo delle nuove tecnologie al fine di valorizzare gli effetti positivi e i benefici di cui sono portatrici. Nell'ambito di questo processo di valorizzazione, è necessario predisporre delle discipline che considerino adeguatamente i valori costituzionali in modo da fornire una protezione efficace ai diritti. Rilevanti in questo senso sono le proposte in tema di responsabilità dei fornitori di servizi digitali, di regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale e le iniziative dell'Unione europea volte ad affermare una maggiore sovranità europea nello spazio digitale. Esse, infatti, pongono in evidenza la necessità di una risposta di carattere sovranazionale alle sfide poste dall'evoluzione tecnologica; e questo è un elemento cruciale perché si fonda sulla consapevolezza del carattere globale di alcuni fenomeni, ai quali è

⁷⁹ Lo rileva con specifico riferimento all'utilizzo di strumenti tecnologici nell'ambito della tutela della salute D. Morana, *Diritto alla salute, ricerca tecnico-scientifica e innovazioni tecnologiche*, in G. Ferri (a cura di), *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, cit., p. 338.

⁸⁰ M. Luciani, *Relazione conclusiva*, in P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, cit., p. 495 con riferimento al rapporto tra diritti e nuove tecnologie.

necessario fornire risposte uniformi mediante l'adozione di politiche coordinate da parte degli Stati. Inoltre, bisogna rilevare che queste normative pongono tutte al centro i diritti e le libertà che costituiscono i valori europei, in quanto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'Unione, e ai quali è possibile offrire una tutela effettiva solo mediante una collaborazione attiva tra gli Stati e l'Unione europea.

Abstract: Il presente lavoro, nel recensire il volume “Diritto costituzionale e nuove tecnologie” a cura di G. Ferri, offre una panoramica delle principali ricadute prodotte dalla rivoluzione digitale sul diritto costituzionale. L'analisi si sviluppa lungo tre direttrici fondamentali. Innanzitutto, il contributo approfondisce l'impatto delle nuove tecnologie sul mondo della comunicazione online e sui processi di formazione del consenso; in secondo luogo, si analizzano le conseguenze in termini di esercizio dei diritti fondamentali, come il diritto allo studio o alla salute; infine, si esamina l'incidenza nei processi decisionali, ad esempio nell'espressione del diritto di voto. Il lavoro mostra i rischi e le opportunità per ciascuna delle tre linee di ricerca considerate, sottolineando il ruolo sempre più importante della normativa europea nel tentativo di governare gli attuali processi di trasformazione.

Abstract: The work, by reviewing the volume “Diritto costituzionale e nuove tecnologie” edited by G. Ferri, offers an overview of the main consequences produced by the digital revolution on constitutional law. The analysis develops along three fundamental lines. First, it examines in depth the impact of new technologies on online communication and on consent formation processes; secondly, it analyses the effects in terms of the exercise of fundamental rights, such as the right to education or the right to health; in the end, it examines the incidence on decision-making processes, for instance during the expression of the right to vote. The contribution shows the risks and the opportunities for each of the three lines of research considered, underlining the increasingly important role played by the European regulation in the attempt of ruling the current transformation processes.

Parole chiave: nuove tecnologie – diritto costituzionale – comunicazione online – libertà di parola – diritti fondamentali – processi decisionali.

Key words: new technologies – constitutional law – online communication – freedom of speech – fundamental rights – decision-making processes.

IL PARLAMENTO EUROPEO E L'ARABA FENICE DEL COLLEGIO TRANSNAZIONALE*.

di Fabio Raspadori**

Sommario. 1. Il lungo ed accidentato cammino del collegio pan-europeo. – 2. Le ragioni del no. – 3. La Proposta attuale. – 3.1. Aspetti generali. – 3.2. Associazioni e coalizioni europee. – 3.3. Collegio unico e *Spitzenkandidat*. – 3.4. Selezione dei candidati e sistema elettorale. – 3.5. Equilibrio geografico. – 3.6. Svolgimento della campagna elettorale. – 3.7. Autorità elettorale europea. 4. Può funzionare?

192

1. Il lungo ed accidentato cammino del collegio pan-europeo.

Le elezioni europee del 2024 si avvicinano, ma nonostante gli auspici sull'adozione di un nuovo sistema elettorale capace di coinvolgere i cittadini più di quanto non sia avvenuto nel passato, l'appuntamento sembra rimandato al dopo elezioni. Tuttavia, proprio in vista della tornata elettorale del prossimo anno, ci sembra utile fare il punto e riflettere sulla proposta di dare vita ad un collegio pan-europeo, proposta avanzata da oltre due decenni e che continua a far discutere.

Il 3 maggio 2022 il Parlamento europeo (PE) ha adottato la Risoluzione legislativa contenente la proposta di regolamento del Consiglio sull'elezione dei membri del Parlamento europeo (proposta), in cui è prevista l'istituzione di un collegio pan-europeo¹. Guardando in particolare a quest'ultimo aspetto, il provvedimento stabilisce che ogni elettore abbia a disposizione due voti: uno per scegliere gli europarlamentari assegnati allo Stato membro di residenza, ed un altro per concorrere all'elezione di 28 seggi attribuiti ad una nuova circoscrizione elettorale, che comprende tutti i paesi dell'Unione europea (UE). La Risoluzione è stata approvata con 331 voti a favore, 257 contrari e 52 astensioni².

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto dell'Unione europea – Università di Perugia.

¹ *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, che abroga la decisione del Consiglio (76/787/CECA, CEE, Euratom) e l'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto (2020/2220(INL) – 2022/0902(APP))*.

² La connessa iniziativa legislativa, invece, è stata approvata con 323 voti a favore, 262 contro e 48 astensioni. Il maggior sostegno, in entrambe le votazioni, è venuto dai gruppi dei Socialisti e Democratici, *Renew Europe*, e Verdi; mentre, hanno votato per il respingimento la maggioranza dei parlamentari del PPE, di Indipendenza e democrazia, e dei Conservatori e Riformisti. Si veda Parlamento europeo, *Processo Verbale*,

La proposta, ai sensi dell'art. 223, par. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), per entrare in vigore, in primo luogo deve essere adottata dal Consiglio con voto all'unanimità, quindi approvata dal PE. Infine, è necessario che ogni paese membro si pronunci favorevolmente in conformità alle rispettive norme costituzionali.

Il provvedimento, se verrà adottato, comporterà l'abrogazione della Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio e dei relativi atti ad essa connessi, che attualmente disciplinano il sistema elettorale del Parlamento europeo³.

L'approvazione della proposta da parte dell'europarlamento è il risultato di un'azione che ha avuto avvio più di venti anni fa⁴. Fu infatti nel 1998, in seguito al rapporto presentato dal deputato greco Georgios Anastassopoulos del Partito popolare europeo, *rapporteur* della Commissione affari istituzionali del PE, che per la prima volta fece la sua comparsa l'idea di dare vita ad una circoscrizione unica pan-europea. La proposta si collocava nel contesto del processo di adozione del Trattato di Amsterdam (approvato nel 1997 ed entrato in vigore nel 1999). Una delle novità più significative di quel processo di revisione dei Trattati, fu l'introduzione del nuovo art. 2 del TUE sui valori comuni, quale caposaldo dell'identità europea. Identità, che allora come oggi, poggia su basi molto fragili⁵. In questa ottica, come sottolineato nel rapporto Anastassopoulos, il PE ha il principale compito di *europizzare* il sistema istituzionale, ossia renderlo più prossimo ai cittadini⁶. A questo

Risultato delle votazioni per appello nominale – Allegato, P9_PV(2022)05-03(RCV)_IT.docx, p. 339 ss., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2022-05-03-RCV_IT.pdf.

³ Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio ed il connesso allegato, che consiste nell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, nonché i successi atti di modifica, ossia la decisione 2002/772/CE, Euratom del Consiglio e la decisione UE, Euratom 2018/994 del Consiglio.

⁴ Si vedano sull'evoluzione del sistema elettorale del Parlamento europeo S. Alonso de León, *Four decades of the European Electoral Act: a look back and a look ahead to an unfulfilled ambition*, in *European Law Review*, n. 353/2017, pp. 1-15; O. Costa, *The history of European electoral reform and the Electoral Act 1976: Issues of democratisation and political legitimacy*, Historical Archives of the European Parliament, European Union History Series, October 2016, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563516/EPRS_STU\(2016\)563516_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/563516/EPRS_STU(2016)563516_EN.pdf).

⁵ I valori comuni europei (rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani), pur costituendo una indubbia base etico-morale comune a tutti i paesi della Ue, relativamente a taluni aspetti e modalità di riconoscimento conoscono differenti approcci (P. Akaliyski, C. Welzel, J. Hien, *A community of shared values? Dimensions and dynamics of cultural integration in the European Union*, in *Journal of European Integration*, 2021, p. 569 ss., <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/07036337.2021.1956915>). In particolare, il rispetto dello Stato di diritto è messo in discussione da parte di alcuni paesi dell'est Europa (K. L. Scheppele, D. V. Kochenov e B. Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, n. 39/2020, p. 3 ss., <https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yeaa012/6064852?login=false>).

⁶ «The European Parliament's responsibility in the institutional system of the European Union, and in particular in its role as 'democratic pillar', is primarily based on its capacity to 'Europeanize' issues», *Report on a proposal for an electoral procedure incorporating common principles for the election of Members of*

riguardo la creazione di una lista transnazionale consentirebbe di realizzare tre obiettivi: fare emergere nei cittadini una maggiore consapevolezza europea, favorire l'emersione di partiti politici a livello europeo, snazionalizzare le elezioni europee⁷. Argomenti questi, che costituiranno la principale motivazione anche delle successive proposte sul collegio transnazionale⁸.

Più specificamente, la proposta Anastassopoulos prevedeva che la circoscrizione europea comprendesse tutti gli Stati membri, nell'ambito della quale sarebbero stati assegnati il 10% dei seggi dell'europarlamento. Relativamente alle modalità attraverso le quali procedere a tale elezione, il rapporto si limitava ad indicare la scelta del metodo proporzionale per la distribuzione dei seggi e fissava l'avvio del nuovo meccanismo per la tornata elettorale del 2009. La proposta venne approvata il 15 luglio 1998 dal PE a larga maggioranza⁹. Tuttavia, il Consiglio, chiamato a pronunciarsi all'unanimità, come allora previsto nell'articolo 138, par. 3 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), adottò la decisione 2002/772/EC, nella quale però non si faceva alcuna menzione della creazione di una circoscrizione pan-europea.

La questione dovette attendere più di dieci anni per essere riproposta, questa volta grazie a tre rapporti firmati da Andrew Duff, eurodeputato del Gruppo dell'Alleanza dei Democratici e dei Liberali per l'Europa, anche lui *rapporteur* della Commissione per gli affari costituzionali (AFCO)¹⁰. Il primo documento fu approvato dalla citata Commissione il 19 aprile 2011¹¹. A differenza di quanto presentato nel rapporto Anastassopoulos, questa proposta è molto più dettagliata e prospetta anche la revisione dell'art. 14 del Trattato sull'Unione europea (TUE), nonché la modifica della Decisione 76/78 e del relativo Atto sull'elezione dei parlamentari europei. Nella motivazione del primo rapporto anzitutto si

the European Parliament, A4-0212/1998, 2 June 1998, Committee on Institutional Affairs, Rapporteur: Mr Georgios Anastassopoulos.

⁷ Si veda G. N. Anastassopoulos, *The Debate on the System of Electing the Members of the European Parliament*, Athens & Brussels, 2002.

⁸ Si veda in generale sul collegio unico europeo e sull'evoluzione della proposta M. Diaz Crego, *Transnational electoral lists, Ways to Europeanise elections to the European Parliament*, European Parliamentary Research Service, PE 679.084 – February 2021.

⁹ Votarono a favore 355 deputati, 146 furono i voti contrari e 39 le astensioni, si veda quanto riportato in *Procedural file, Basic information*, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=15221&l=en>

¹⁰ Sui Rapporti Duff si veda L. Donatelli, *A Pan-European District for the European Elections? The Rise and Fall of the Duff Proposal for the Electoral Reform of the European Parliament*, in *Bruges Political Research Papers*, n. 44/2015.

¹¹ Relatore Andrew Duff, Commissione per gli affari costituzionali, *Relazione su una proposta di modifica dell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto del 20 settembre 1976*, (2009/2134(INI)), A7-0176/2011, 28.4.2011.

sottolineava come, grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avvenuta nel dicembre 2009, i deputati europei avessero acquisito maggiori poteri rispetto al passato e questo imponeva una revisione del sistema elettorale. Gli aspetti sui quali si intendeva intervenire erano numerosi¹² e tra questi una posizione di rilievo veniva attribuita proprio all'introduzione di una circoscrizione transnazionale europea di 25 seggi, che si sarebbero aggiunti ai 751 ripartiti su base nazionale. La presenza di una circoscrizione unica, infatti, era considerata essenziale per dare alle elezioni europee una dimensione, che fosse allo stesso tempo unitaria e partecipata. Essa, gioco forza, chiamerebbe in causa i partiti politici europei, che hanno il compito di predisporre le liste comuni. Partiti che, quindi, per far eleggere gli eurodeputati della circoscrizione pan-europea si vedrebbero obbligati ad impostare una campagna elettorale basata su tematiche comuni e non solo nazionali. Duff, tuttavia, si rese conto della portata fortemente innovativa della proposta, e che, per raggiungere una generale condivisione, sarebbe stato necessario del tempo. Per questo nella relazione di presentazione si afferma che "Il voto per la lista relativa all'intera Unione europea sarebbe naturalmente facoltativo, con una seconda scheda elettorale consegnata a ciascun elettore nel seggio. Si può prevedere che tale iniziativa cresca nel tempo"¹³. E proprio in considerazione della forza innovatrice, forse eccessiva per il momento, il primo rapporto Duff non fu sottoposto al voto dell'aula e venne rimandato in Commissione¹⁴. Il secondo rapporto Duff, tenendo conto della delicatezza del tema, presenta un contenuto più generico, nel quale tuttavia viene confermata l'idea di un collegio unico con 25 seggi in palio¹⁵. Nonostante questo, in seguito all'opposizione del Partito popolare europeo, la Commissione AFCO nel marzo del 2012 respinse anche questa seconda versione. Infine, Duff presentò un terzo rapporto sulle elezioni del PE¹⁶. Questa volta, però, la circoscrizione pan-europea viene del tutto eliminata ed al suo posto si propone di collegare

¹² Il Rapporto propone di: prevedere circoscrizioni sub-nazionali negli Stati più popolosi; introdurre il voto di preferenza; istituire un meccanismo automatico di riesame nell'assegnazione dei seggi secondo il principio della proporzionalità degressiva applicato in maniera rigorosa; favorire il voto e l'eleggibilità dei cittadini dell'Ue che vivono in uno Stato diverso dal proprio; creare un'autorità elettorale europea che sull'elezione della lista transnazionale; ridurre i giorni di votazione al solo fine settimana; proporre età minime uniformi per elettori e candidati; rivedere i privilegi e le immunità dei deputati europei; e valutare l'estensione del voto elettronico.

¹³ *Rapporto Duff*, A7-0176/2011, cit., p. 49.

¹⁴ European Parliament, *Minutes*, A7-0176/2011, 7 July 2011.

¹⁵ *Second Report of 2 February 2012, on a proposal for a modification of the Act concerning the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage of 20 September 1976, Rapporteur: Andrew Duff, Procedure: (2009/2134(INI))*.

¹⁶ *Report on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014 (2013/2102(INI))*, Committee on Constitutional Affairs, Rapporteur: A. Duff, 12 June 2013, PE 508.212v02-00, A7-0219/2013.

alle elezioni lo *Spitzenkandidatenprocess*¹⁷, in base al quale ogni partito europeo avrebbe dovuto dichiarare con congruo anticipo rispetto all'apertura delle urne, quale fosse il proprio candidato per la presidenza della Commissione europea. Duff riteneva che anche questo meccanismo avrebbe favorito l'emergere di una dimensione europea nell'elezione del Parlamento di Strasburgo. Dei tre rapporti Duff solo quest'ultimo, dal contenuto molto meno ambizioso dei precedenti, è riuscito a passare il vaglio dell'Assemblea parlamentare. A dimostrazione di come, passi in avanti quale quello di dare vita ad una circoscrizione elettorale pan-europea, possano risultare troppo innovativi anche per lo stesso Parlamento, nonostante esso in genere si proponga quale avanguardia del processo di integrazione¹⁸.

Il progetto tuttavia non si arresta. In seguito al deludente risultato in termini di affluenza alle urne riscontrato nelle elezioni del PE del 2014¹⁹, l'AFCO affida alla polacca Danuta Maria Hübner (Partito popolare europeo) ed al tedesco Jo Leinen (Socialisti e Democratici) il compito di predisporre un nuovo rapporto sulle elezioni europee. Anche in questo caso l'attenzione si concentra sullo *Spitzenkandidatenprocess* e sulle modalità per rendere più visibile e coinvolgente nei singoli paesi membri il processo elettorale. Nella proposta originale nulla si diceva in merito al collegio transeuropeo. Elemento questo, che tuttavia, viene introdotto – seppure in forma di mera e generica sollecitazione – in sede di discussione ed approvazione del rapporto Hübner-Leinen in Aula, avvenuta l'11 novembre del 2015²⁰.

Ci penserà tuttavia il Consiglio, adottando la Decisione 2018/994 del luglio 2018²¹, a stralciare ancora una volta l'idea del collegio unico europeo dalla proposta sottopostagli dal PE. Nonostante quest'ultimo – preso atto della forte eventualità della non presenza alle elezioni del 2019 dei deputati britannici (condizione che si è verificata solo nel febbraio

¹⁷ Sul meccasismo del *Spitzenkandidat* si vedano: D. Dinan, *Governance and Institutions: The Year of the Spitzenkandidaten*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 53/2015, pp. 93-107; P. de Wilde, *The fall of the Spitzenkandidaten*, in S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wilhelm e J. Wouters (a cura di), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, Routledge, 2021, p. 37 ss.; B. Crum, *Why the European Parliament lost the Spitzenkandidaten-process*, in *Journal of European Public Policy*, 2022, pp. 1-21, <https://doi.org/10.1080/13501763.2022.2032285>.

¹⁸ Cfr. Donatelli, *A Pan-European District*, cit., p. 46.

¹⁹ Si veda M. van den Berge, *The 2014 EP Election Campaign in the Member States: National Debates, European Elections*, in *TEPSA Reports*, 4 June 2014, p. 6, <http://www.tepsa.eu/?p=7974>.

²⁰ *Proposal for a Council decision adopting the provisions amending the Act concerning the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, Hübner-Leinen Report as approved by plenary on 11 November 2015*.

²¹ Vedi *supra* nota 4.

2020) – sottolineasse come la creazione della circoscrizione pan-europea risultasse più semplice da realizzare rispetto al passato²².

Dopo i tanti passi falsi, un'ulteriore spinta viene dalla nuova presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, che nel suo Programma di legislatura del luglio 2019, pone in stretto collegamento il sistema dello *Spitzenkandidat* con il collegio pan-europeo²³. Riguardo a quest'ultimo, ci si aspetta che sarà la Conferenza sul futuro dell'Europa, in procinto di essere convocata, ad avanzare delle proposte²⁴.

Ed in questo senso, infatti, nel rapporto finale del dicembre 2021 del secondo Panel europeo di cittadini della Conferenza sul futuro dell'Europa, chiamato ad occuparsi di questioni istituzionali, si auspica che, in merito al sistema elettorale “i cittadini europei dovrebbero avere il diritto di votare per diversi partiti a livello dell'Unione europea, ciascuno composto da candidati provenienti da più Stati membri. Durante un periodo di transizione sufficiente, i cittadini potrebbero ancora votare per partiti sia nazionali che transnazionali”²⁵. La richiesta diviene ancora più esplicita nel documento finale approvato dalla Assemblea plenaria della Conferenza il 30 aprile 2022. Al punto 3 della proposta n. 38 su “democrazia ed elezioni” si richiede di “modificare la legge elettorale dell'UE al fine di armonizzare le condizioni elettorali [...] per le elezioni del Parlamento europeo e procedere verso il voto per liste a livello di Unione o liste transnazionali, con candidati provenienti da più Stati membri, tenendo conto nel contempo delle opinioni espresse dai cittadini di tutti gli Stati membri dell'UE in materia”²⁶.

Parallelamente a questo percorso, l'AFCO nel novembre del 2020 ha affidato allo spagnolo Domènec Ruiz Devesa (Socialisti e Democratici) il compito di elaborare una nuova

²² Si vedano in argomento: *Report on the composition of the European Parliament* 26.1.2018 - (2017/2054(INL) – 2017/0900(NLE)); A. Ciancio, *Brexit e Parlamento europeo*, in *Federalismi.it*, n. 16/2017, p. 8 ss.; R. Kalcik, G.B. Wolff, *Is Brexit an Opportunity to Reform the European Parliament?*, in *Policy Contribution*, n. 2/2017, p. 5 ss.

²³ U. von der Leyen, *Un'Unione più ambiziosa, Il mio programma per l'Europa, Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024*, Unione europea, 2019, p. 23.

²⁴ Sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa si veda in generale R. Drachenberg, *The Conference on the Future of Europe and The European Council: How far is there a Shared policy agenda for the future?*, EPRS | European Parliamentary Research Service, PE 730.325 – June 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/730325/EPRS_BRI\(2022\)730325_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/730325/EPRS_BRI(2022)730325_EN.pdf); relativamente alla connessione tra la Conferenza, il collegio transnazionale e lo Spitzenkandidat si veda J. Giraudo, *Spitzenkandidaten, transnational lists and the Conference on the Future of Europe. Some reflections on the European electoral system*, in *Treccani-online*, 2020, https://www.treccani.it/magazine/agenda/articoli/istituzioni/giraudo_spitzenkandidaten.html.

²⁵ Conferenza sul Futuro dell'Europa, Panel europeo di cittadini 2: “Democrazia europea / Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza”, *Raccomandazioni*, Tema 3: *La riforma dell'UE*, Sotto-tema 3.1 *Riforma istituzionale*, Raccomandazione 16, European Union, 2021.

²⁶ Conferenza sul Futuro dell'Europa, *Progetti di Proposte della Conferenza sul Futuro dell'Europa*, 27 aprile 2022, p. 42.

proposta sulle elezioni del Parlamento europeo²⁷. Una forte spinta alla finalizzazione della riforma, è derivata dall'effettivo abbandono dei 73 europarlamentari britannici verificatosi il 1° febbraio 2020, in seguito all'entrata in vigore dell'Accordo di recesso della Gran Bretagna dalla Ue²⁸. Sulla base di queste premesse, infine, il 29 marzo 2022 la Commissione AFCO ha adottato il rapporto finale e lo ha sottoposto all'Assemblea, che come detto, lo ha approvato nel mese di maggio con una maggioranza trasversale, sebbene non particolarmente ampia.

La proposta – sul cui contenuto torneremo nel dettaglio più avanti – attualmente è al vaglio del Consiglio e in generale si caratterizza per i seguenti aspetti:

- Ampliamento del diritto al voto (età minima dell'elettore portata tendenzialmente a 16 anni, possibilità di voto semplificata per cittadini europei che risiedono in un paese terzo).
- Facilitazione per l'accesso al voto (migliore accesso a materiali informativi rilevanti, alle strutture e ai seggi soprattutto per disabili; ammissibilità del voto anticipato, per posta, per procura, per via informatica).
- Modalità e principi comuni (9 maggio quale giorno di elezione per tutti gli Stati membri, liste elettorali chiuse 12 settimane prima del voto, obbligo di trasparenza e democraticità per i partiti concorrenti, assicurare equità di genere dei candidati, auspicio di adottare lo *Spitzenkandidatenprocess*, inizio della campagna elettorale 8 settimane prima del voto).
- Istituzione di un collegio pan-europeo con 28 seggi (liste transnazionali con rappresentanti di almeno ¼ delle nazionalità degli Stati membri; possibilità di presentazione di liste anche per movimenti e associazioni di partiti; liste congegnate in modo da assicurare la presenza anche di candidati dei paesi meno popolosi; applicazione della formula D'Hondt per l'assegnazione dei seggi).
- Creazione di un'Autorità elettorale europea di 27 membri per coordinare e monitorare il voto.

²⁷ *MEPs begin revising rules on EU elections, calling for pan-European constituency*, Press Releases PLENARY SESSION AFCO 03-05-2022, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220429IPR28242/meps-begin-revising-rules-on-eu-elections-calling-for-pan-european-constituency>.

²⁸ *Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*, (2019/C 384 I/01), in GUUE, CI 384/1 del 12.11.2019. Si veda sulla applicazione dell'Accordo, European Parliamentary Research Service, *The European Parliament after Brexit*, E 642.259 - January 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/642259/EPRS_ATA\(2020\)642259_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/642259/EPRS_ATA(2020)642259_EN.pdf).

2. Le ragioni del no.

Come si è potuto notare dal tortuoso iter della proposta d'istituzione di un collegio unico europeo, non sono mancate e tutt'ora non mancano le voci anche fortemente critiche rispetto a questo progetto.

Una delle più condivise sottolinea come la presenza di un drappello di eletti nelle liste transnazionali incrinerebbe il principio della pari dignità dei componenti del Parlamento europeo²⁹. Il fatto di essere eletti con una procedura unica e diversa da quelle seguite negli Stati membri, e dai cittadini di tutti i paesi membri, potrebbe collocare gli eurodeputati transnazionali in una posizione di sostanziale marginalità o eccentricità nell'ambito delle dinamiche politiche e negoziali interne all'europarlamento, con conseguenti ripercussioni negative sull'andamento dei lavori della Camera. Si pensi ad esempio, ai componenti delle Commissioni permanenti, all'assegnazione del ruolo di *rapporteur* e alle altre cariche previste.

La seconda considerazione critica è imperniata sulla presunta maggiore distanza dai cittadini, che affliggerebbe i deputati pan-europei. Chi sposa questa visione ritiene che, a parte i cittadini che ne condividono la nazionalità, gli altri, che hanno concorso più o meno inconsapevolmente all'elezione di un parlamentare *straniero* seguendo indicazioni di partito, non comprendendone la lingua e non avendo familiarità con gli approcci politici seguiti da tale deputato, proverebbero nei suoi confronti una sostanziale estraneità se non diffidenza. A supportare questa considerazione si ricorda che negli Stati federali non esistono circoscrizioni uniche, e gli elettori sono chiamati a scegliere candidati da eleggere in collegi che corrispondono ai singoli Stati federati³⁰. Il sistema dello *Spitzenkandidat*, di cui si dirà più avanti, che spinge i partiti europei e nazionali a coalizzarsi per sostenere in Europa il candidato alla Commissione europea, sarebbe – ad avviso di chi contesta la

²⁹ Si veda Diaz Crego, *Transnational electoral lists*, cit., p. 5 ss.

³⁰ Di questo avviso Alain Lamassoure che ritiene inadeguati anche i collegi nazionali predisposti in alcuni Stati membri per eleggere i candidati alle elezioni europee. Circoscrizioni così ampie, a suo avviso, non consentono un reale contatto tra cittadini e candidati. A maggior ragione, sarebbe del tutto inappropriata una circoscrizione pan-europea. A. Lamassoure, *Transnational lists – a crazy idea*, Interview by Aline Robert, EURACTIV.fr, 5 feb 2018 (updated 5 dic 2018), <https://www.euractiv.com/section/elections/interview/alain-lamassoure-transnational-lists-a-crazy-idea/>. In linea con queste considerazioni P. Jouvenat, *Fédéraliser les partis politiques d'Europe. Note de réflexion*, Février 2016'. Union des Fédéralistes européens, 2016, pp. 15-16.

comprensibilità della circoscrizione transnazionale – la strada maestra da seguire³¹.

I due elementi di disapprovazione appena ricordati concorrono a fomentare un'ulteriore preoccupazione. A parere di alcuni, infatti, la sostanziale diversità tra deputati nazionali e transnazionali, unita alla percezione di maggiore distanza dei cittadini rispetto a questi ultimi, rischierebbe di esacerbare all'interno dello stesso Consesso europeo la tensione tra visioni europeiste e nazionaliste³². Tali tensioni potrebbero riverberarsi anche all'esterno dell'eurocamera, innalzando la conflittualità tra visioni pro e contro l'Unione europea. Da un lato, ci sarebbero gli integrazionisti, disposti a dare fiducia solo a istanze avallate dai rappresentanti transnazionali; dall'altro lato gli euroscettici, all'opposto, vedrebbero in tali deputati l'incarnazione di un'entità accentratrice e priva di anima, similmente a quanto oggi si dice della Commissione europea³³. Tale deriva, paradossalmente, trasformerebbe un meccanismo pensato per rafforzare il senso di identità comune, in un catalizzatore di istanze antieuropeiste e nazionaliste, dando vita a dinamiche *noi/loro* con i deputati pan-europei, in minoranza e pregiudizialmente favorevoli ad approcci marcatamente europeisti, mentre gli eletti in liste nazionali, in numero decisamente superiore, portati all'opposto a favorire soluzioni più attente agli interessi dei paesi membri³⁴.

Un problema difficilmente risolvibile consisterebbe poi nell'escogitare un sistema che fosse in grado di mantenere un adeguata proporzione tra rappresentanti dei paesi più popolosi e di quelli che lo sono meno. Equilibrio che con il sistema attuale è assicurato dal complesso meccanismo degressivo, che assegna una quota proporzionalmente maggiore ai paesi più piccoli³⁵. La presenza di deputati eletti in liste transnazionali, ma inevitabilmente dotati di una propria nazionalità, altererebbe il bilanciamento attuale, raggiunto attraverso delicati negoziati tra Stati membri. Il risultato finale sarebbe un'inevitabile sovra-

³¹ *Ibidem*.

³² Paventano questo rischio J. Charvát, *Pan-European Constituency and Transnational Lists: The Third Wave of the EU Politics of Electoral Reform?*, in *Revue des Sciences Politiques*, 61, 2019, p. 31; G. Schöpflin (EPP), *Meeting of the Committee on Constitutional Affairs, 11 September 2017*, in European Political Strategy Center, *Transnational Lists Can They Deliver on Their Promise?*, 2017 file:///C:/Users/Fabio/Downloads/transnational%20lists-ESAE18003ENN%20(1).pdf.

³³ Di questo avviso EPP Group in the European Parliament, *Why transnational lists are neither European nor democratic*, 2019, <https://www.eppgroup.eu/newsroom/news/why-transnational-lists-are-neither-european-nor-democratic>.

³⁴ Di questo avviso sono i parlamentari europei Paulo Rangel (portoghese del PSE) ed Elmar Brok (tedesco del PPE). Si veda quanto riportato in C. Verger, *Transnational lists: A political opportunity for Europe with obstacles to overcome*, Notre Europe-Institut Jaques Delors, Policy paper n. 216, 7 february 2018, p. 7.

³⁵ Si veda sul sistema attuale F. Pukelsheim, G. R. Grimmett, *Degressive Representation of Member States in the European Parliament 2019–24*, in *Journal of Representative Democracy*, 2018, p. 147 ss.

rappresentazione dei deputati dei paesi più popolosi oppure all'inverso di quelli più piccoli³⁶.

Date queste premesse, quindi, a meno che non si voglia optare per un meccanismo fortemente antidemocratico, finiranno per prevalere i candidati dei paesi più grandi. In termini demografici, infatti, i primi cinque paesi più popolosi (quelli che hanno più di 30 milioni di abitanti) corrispondono ad oltre il 60% dei cittadini europei; mentre i 15 paesi più piccoli (quelli con meno di 10 milioni di abitanti) assommano poco più del 20% dell'intera popolazione della Ue. In un collegio unico, come pure in collegi misti (paesi grandi e piccoli), avverrà facilmente che i candidati dei paesi più grandi sovrasteranno gli altri in termini di consenso popolare.

Altro problema riguarda la legittimità giuridica del collegio pan-europeo. In realtà, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona questa considerazione poteva avere un suo fondamento. L'articolo 189, par. 1 del TCE, disponeva che «Il Parlamento europeo, [è] composto di rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità», specificando nel successivo articolo 190 il numero di seggi spettanti a ciascuno Stato membro.

L'attuale articolo 14, par. 2 del TUE stabilisce invece che «Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione», e, relativamente alla ripartizione dei seggi in base alla nazionalità, si limita a prevedere che «La rappresentanza dei cittadini è garantita in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di sei membri per Stato membro. A nessuno Stato membro sono assegnati più di novantasei seggi». Riguardo all'attribuzione finale di seggi agli Stati membri, si affida al Consiglio europeo il compito di pronunciarsi, su proposta del PE e con voto all'unanimità, sull'effettiva «composizione del Parlamento europeo, nel rispetto dei principi di cui al primo comma».

Alla luce delle attuali previsioni dei Trattati, quindi, l'unico appunto che si potrebbe sollevare contro la circoscrizione transeuropea è che tramite essa gli Stati più popolosi, in particolare la Germania, potrebbero superare la soglia massima di novantasei seggi in seguito all'elezione di deputati nell'ambito della circoscrizione pan-europea. Tuttavia, il Trattato parla di seggi assegnati e non di deputati eletti, non prendendo in considerazione la nazionalità di questi ultimi³⁷. Anche perché, una volta eletti gli eurodeputati, in forza del

³⁶ Relativamente a questi aspetti si veda quanto riportato in K. Ritchie, *Which electoral procedures seem appropriate for a multi-level polity?*, in PE 408.297, Brussels, European Parliament, 2008, p. 11 ss.

³⁷ Si veda in questo senso European Political Strategy Center, *Transnational Lists*, cit., p. 35.

principio della libertà da mandato³⁸, non rappresentano uno Stato, ma l'intero popolo europeo. Inoltre, anche prima del Trattato di Lisbona era possibile che uno Stato disponesse di un numero di deputati con propria nazionalità, maggiore dei seggi assegnati nell'articolo 190 del TCE. Tale eventualità, in forza dello *status* sulla cittadinanza europea, poteva realizzarsi - e di fatto ciò è avvenuto - in seguito all'elezione di cittadini europei candidati ed eletti in uno Stato membro senza avere la nazionalità di quel Paese.

Infine e non da ultimo, si sollevano dubbi su diversi aspetti di natura organizzativa, che rendono la campagna elettorale per i candidati nel collegio pan-europeo irta di ostacoli. A partire dall'effettiva capacità dei³⁹ candidati di farsi comprendere nelle tante lingue parlate nell'Unione e delle relative modalità di promozione e propaganda dei loro programmi. Anche il giorno della settimana scelto per le consultazioni, unico a livello europeo, potrebbe creare problemi. Le ingenti risorse economiche ed il numeroso personale da coinvolgere per coprire un territorio molto più vasto di un singolo Paese, potrebbero risultare ostacoli difficili da superare, lasciando spazio solo alle compagini politiche dotate di maggiori risorse economiche. Pure il sistema di conteggio dei voti può costituire un grosso problema. È ovvio che si dovrà scegliere un meccanismo unico valido su tutto il territorio europeo. Questo comporterà che in molti Paesi tale metodo risulterà difforme da quello comunemente utilizzato per le tornate elettorali europee. È vero che già ora tutti i sistemi elettorali devono risultare ispirati al principio di proporzionalità, tuttavia, l'intensità di applicazione di tale principio, la percentuale delle soglie di sbarramento per l'accesso all'assegnazione dei seggi, il metodo del conteggio dei voti, le condizioni per la selezione dei candidati, l'organizzazione delle liste ed i relativi tempi di definizione, nonché il ruolo dei partiti ed i requisiti per la loro partecipazione al voto, per finire con le posizioni di incompatibilità, sono tutti aspetti che variano da Paese a Paese. La scelta di un unico sistema, che può anche differire notevolmente da quello seguito per l'assegnazione dei seggi di spettanza nazionale, potrebbe creare serie difficoltà di comprensione da parte dell'elettorato⁴⁰.

Guardando al sostegno alla proposta adottata dal PE il 3 maggio 2022, le posizioni

³⁸ L'art. 3 dello Statuto dei deputati del Parlamento europeo (decisione del Parlamento europeo del 28 settembre 2005, 2005/684/CE, Euratom) stabilisce che «1. I deputati votano individualmente e personalmente. Essi non possono essere vincolati da istruzioni né ricevere mandato imperativo. 2. Qualsiasi accordo sulle modalità di esercizio del mandato è nullo».

³⁹ Sull'attuale sistema di voto per il PE si veda K.-F. Oelbermann, F. Friedrich, *The European Elections of May 2019: electoral systems and outcomes*, Brussels, European Parliament, 2020.

⁴⁰ Di questo avviso P. Jouvena, *Transnational Lists: A False Good Idea*, 15 September, 2017, <https://www.thenewfederalist.eu/transnational-lists-a-false-good-idea>.

manifestate dagli Stati e dai gruppi politici differiscono in più punti. Se da un lato la Francia del presidente Macron, insieme al governo italiano⁴¹ si sono schierati apertamente a favore della circoscrizione unica⁴², la Germania ha una posizione indefinita. Per gli altri Stati l'orientamento non è chiaro, ma non è azzardato prevedere una certa ostilità diffusa, motivata sia dal timore degli Stati meno popolosi di perdere ulteriori posizioni nel PE, sia dalla diffidenza verso eccessive aperture ad una sfera identitaria europea, che potrebbe danneggiare il senso di appartenenza nazionale. Nel Parlamento europeo, prevalgono i partiti favorevoli alla circoscrizione unica, ma con importanti eccezioni, in particolare quella del Partito popolare europeo, che pur non presentandosi compattamente contro la proposta, vede prevalere atteggiamenti di forte scetticismo⁴³.

3. La proposta attuale.

3.1. Aspetti generali.

Prima di esprimerci sui tanti dubbi sollevati, è necessario entrare nel dettaglio della proposta presentata il 3 maggio 2022, approfondendo in particolare gli aspetti che riguardano l'istituzione di un collegio pan-europeo.

Il provvedimento, come si è più volte detto, ha una portata più generale, prospettando una riforma dell'intero sistema di voto per le elezioni del Parlamento europeo. Come affermato nella risoluzione legislativa del PE che precede la proposta, sono due le finalità principali che si intende raggiungere con la riforma: sviluppare una sfera pubblica europea ed armonizzare ulteriormente le procedure elettorali seguite negli Stati membri.

Il nuovo regolamento dovrebbe finalmente adeguare le elezioni dell'eurocamera alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, delle quali si è tenuto conto solo parzialmente con gli interventi normativi del 2014 sui partiti politici europei⁴⁴ e del 2018 su alcuni aspetti

⁴¹ Posizione quest'ultima che è da presumere sia cambiata in seguito all'avvento del governo Meloni, fortemente ispirato alla difesa degli interessi nazionali.

⁴² Per quel che riguarda l'Italia, però, è da presumere che il nuovo governo conservatore non manterrà la posizione del precedente esecutivo apertamente filo europeista.

⁴³ Si vedano su tali posizioni C. Verger, *Transnational lists*, cit., p. 7 ss.; C. Barbière, *European Parliament votes against transnational lists*, in *EURACTIV.fr*, 7 february 2018, <https://www.euractiv.com/section/elections/news/ep-votes-against-transnational-lists/>

⁴⁴ Regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, in particolare gli articoli 13, 21 e 31.

procedurali⁴⁵.

Dalla revisione del 2009, come noto, il PE ne è uscito rafforzato nel ruolo e nei poteri, con gli eurodeputati indicati quali diretti rappresentanti dei cittadini dell'Unione e con l'ampliamento della funzione di co-legislatore⁴⁶.

Questa nuova dimensione del PE, stando alla proposta Ruiz Devesa⁴⁷, rende necessario modernizzare la legge elettorale, puntando soprattutto a consolidare attraverso essa la legittimità democratica sostanziale dell'Unione. In questo senso appare essenziale garantire alcuni elementi, come: un maggior coinvolgimento dei cittadini nel processo elettorale, potenziare il ruolo dei partiti politici europei, incrementare le tutele durante le procedure elettorali a favore dei disabili, delle minoranze e delle donne. Tali richieste sono emerse da ultimo anche nelle conclusioni della Conferenza sul futuro dell'Europa⁴⁸.

Venendo specificamente alla creazione di una circoscrizione transnazionale, questa è pensata soprattutto per favorire l'emersione di una maggiore coscienza civica europea e avviare la nascita di un'effettiva sfera pubblica unionista, nell'ambito della quale sia possibile sottoporre ai cittadini proposte politiche, in modo che essi possano formarsi un'opinione e prendere posizione. Questo è un traguardo che ancora appare molto distante⁴⁹. Nonostante la crescita nell'affluenza alle urne riscontrata nel 2019, rispetto ad un trend di riduzione che si protraeva da oltre trent'anni, la conoscenza e attenzione che l'opinione pubblica hanno rispetto alla Ue e alle sue attività sono decisamente basse⁵⁰. In questa ottica, si ritiene che un modo per invertire la rotta consista nel rafforzare il legame tra elettori ed europarlamentari, evidenziando come questi ultimi abbiano la responsabilità di prendere decisioni che hanno portata e dimensioni europee, ma che al contempo servono a migliorare la qualità della vita di tutti i giorni per chiunque risieda ed operi in Europa.

⁴⁵ *Decisione (UE, Euratom) 2018/994 DEL CONSIGLIO del 13 luglio 2018 che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976.*

⁴⁶ Sugli attuali poteri del PE si rimanda a F. Jacobs e R. Corbett, *The European Parliament*, Routledge, 2019.

⁴⁷ Proposta di Regolamento del Consiglio, cit., considerando 4.

⁴⁸ *Conferenza sul futuro dell'Europa, Panel dei cittadini n. 2 su democrazia europea, valori e diritti, Stato di diritto e sicurezza*, raccomandazione 16.

⁴⁹ Che il senso di apparenza alle istituzioni europee e più in generale, al processo di integrazione, sia molto basso è un dato evidente. Nonostante ci si renda conto che molti dei principali problemi portati dalla modernità, non possono essere affrontati e risolti dai singoli Stati, ancora non esiste un ampio consenso ed un progetto condiviso sul come e sul se affidarsi alle istituzioni europee. Sull'identità europea, i suoi limiti, le tendenze e gli ostacoli da superare per rafforzarla si vedano K. Keulman e A. Katalin Koós, *European Identity: Its Feasibility and Desirability*, Lexington Books, 2014; S. Green, *The European identity, Historical and Cultural Realities We cannot Deny*, Haus Curiosity, 2016; P. Rossi, *L'identità dell'Europa*, Boiloina, il Mulino, 2016; T. Todorov, *L'identità europea*, Milano, Garzanti, 2019.

⁵⁰ Sulle elezioni del Parlamento europeo in Italia si veda L. Tentoni, *Le elezioni europee in Italia, Un percorso fra storia e dati 1979-2019*, Bologna, il Mulino, 2019.

Uno strumento che appare adeguato a dimostrare questa correlazione è il collegio transnazionale, in quanto i candidati che vogliono essere eletti mediante tale meccanismo, dovranno necessariamente trovare il modo per farsi comprendere e guadagnare la fiducia di cittadini di varie nazionalità, proponendo soluzioni comuni e non vantaggi nazionali.

A chiarire cosa si intenda per circoscrizione pan-europea è l'art. 15 della proposta, in base al quale essa corrisponde all'«intero territorio dell'Unione europea da cui saranno eletti 28 membri del Parlamento europeo». La nuova circoscrizione diverrà operativa con le prime elezioni, che seguiranno l'entrata in vigore del regolamento stesso.

Il provvedimento modificherà il numero dei seggi del PE. Infatti, salvo nuove decisioni del Consiglio europeo sulla composizione dell'eurocamera adottate ai sensi dell'art. 14, par. 2 TUE, con l'introduzione del collegio transnazionale il numero degli eurodeputati salirà a 733. Nella proposta si specifica che l'introduzione della circoscrizione unica «lascia impregiudicati i membri del Parlamento europeo eletti in ciascuno Stato membro». Quindi, i 28 nuovi seggi che verranno attribuiti su base europea, si aggiungeranno ai 705 oggi esistenti, senza incidere sulla distribuzione nazionale attuale.

3.2. Associazioni e coalizioni europee.

Un importante elemento del sistema sulla circoscrizione pan-europea riguarda le entità politiche che possono presentare delle liste elettorali. Rispetto alla situazione attuale, ai partiti politici europei ed ai partiti politici nazionali si affiancano due nuove entità.

La prima, è costituita dall'«associazione europea di elettori», formata da cittadini di almeno un quarto degli Stati membri e che rappresentino non meno dello 0,02 % della popolazione dei paesi di provenienza. La finalità dell'associazione, al pari dei partiti politici europei, è quella di sostenere una lista di candidati che si presentino specificamente nella circoscrizione transnazionale. Relativamente ai requisiti, è sufficiente che l'associazione sia registrata come tale conformemente alle disposizioni che dovranno essere adottate dagli Stati membri⁵¹. Questi ultimi devono assicurarsi che le associazioni europee di elettori rispettino le norme democratiche, soprattutto in occasione della presentazione di una lista elettorale. In questo senso, quindi, anche associazioni e movimenti che perseguono specifiche finalità, come la tutela dell'ambiente, la difesa dei diritti umani o qualsiasi altra

⁵¹ Proposta, art. 2, par. 2.

tematica, possono concorrere alle tornate elettorali se sono in grado di organizzarsi su scala europea.

La seconda nuova entità è la «coalizione europea di partiti politici nazionali e/o associazioni nazionali di elettori». Questa consiste in un'alleanza costituita appositamente per le elezioni europee da partiti politici nazionali o da associazioni nazionali di elettori, o da entrambe le entità. Come per i partiti politici europei, condizione di accesso alle consultazioni elettorali per la quota di seggi pan-europei, è che le entità coinvolte nella coalizione siano registrate in almeno un quarto degli Stati membri⁵².

In entrambi i casi, sia i partiti che le associazioni non devono soggiacere agli stringenti requisiti previsti nel regolamento 1141/2014 per i partiti politici europei, in particolare: la registrazione presso l'Autorità per i partiti politici e le fondazioni politiche europee; avere tra i propri membri parlamentari europei, nazionali o regionali; presentare una *governance* conforme a quanto fissato nel Regolamento 1141/2014⁵³.

Oltre a quanto già detto in merito al riconoscimento in almeno ¼ degli Stati membri, la sola ulteriore richiesta alle associazioni e alle coalizioni è il rispetto di requisiti democratici e proporzionali per l'iscrizione di una lista di candidati. Requisiti sui quali, come si è detto, sono chiamati a vigilare gli Stati membri.

Rispetto a questa innovazione si possono avanzare due considerazioni contrastanti. La prima è che il nuovo regime imprimerebbe una certa flessibilità al sistema elettorale, aprendolo a componenti che solitamente sono escluse o marginali nel confronto elettorale, favorendo al contempo la formazione di nuove entità politiche europee. Ed in questo senso deve essere valutata come un'innovazione positiva. La seconda considerazione, invece, è di preoccupazione. Il non aver previsto particolari condizioni comuni all'accesso alla campagna elettorale, demandando il controllo agli Stati membri – che hanno solo l'obbligo di riferire all'Autorità elettorale europea⁵⁴ di cui si dirà – potrebbe tradursi in un quadro eccessivamente diversificato ed incoerente, con la presenza di associazioni e coalizioni, che solo in alcuni paesi possono ritenersi democratiche ed adeguate a partecipare ad elezioni corrette e rispettose dei valori e principi comuni europei.

⁵² Simile alla coalizione europea di partiti politici e delle associazioni nazionali e la *coalizione elettorale europea*: che al posto dei partiti e delle associazioni nazionali è formata da un'alleanza elettorale di partiti politici europei ed associazioni europee di elettori.

⁵³ Sul Regolamento 1141/2014 e la sua applicazione si veda E. Bressanelli, *Towards a revision of the Regulation on the statute and funding of European political parties and foundations*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 729.741- March 2022.

⁵⁴ Come previsto nella Proposta, art. 28.

3.3. Collegio unico e *Spitzenkandidat*.

Un altro aspetto da sottolineare riguarda il collegamento tra il collegio unico europeo e la figura dello *Spitzenkandidat*⁵⁵.

Ad avviso del PE, sia la procedura del candidato di punta, sia il collegio pan-europeo concorrono a formare «uno spazio politico europeo e a fondare realmente le elezioni del Parlamento europeo su questioni europee e non su questioni di interesse esclusivamente nazionale»⁵⁶. In questo senso, si propone di invitare le forze politiche che concorrono nella circoscrizione unica ad indicare il candidato capolista, che si ritiene dovrebbe ricoprire la carica di presidente della Commissione. Questo connubio dovrebbe essere in grado di accrescere nel pubblico l'interesse ed il dibattito su tematiche comuni, favorendo al contempo il consolidamento di una dimensione democratica e sovranazionale.

Si ricorda che attualmente la procedura dello *Spitzenkandidat* non è prevista da alcun atto vincolante, ma solo in una risoluzione non vincolante del PE (*Revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea del 7 febbraio 2018*).

La soluzione prospettata, però, non compare nell'articolato della proposta. Il punto del candidato capolista, infatti, è trattato solo nella risoluzione legislativa del PE e nei considerando, dove l'istituzione del meccanismo dello *Spitzenkandidat* è demandata a due atti politici dei quali si auspica la conclusione. In particolare, nel considerando 8 della proposta, in primo luogo, si chiede alle entità politiche di concordare in anticipo rispetto alle elezioni, anche mediante alleanze di legislatura, quale sarà il candidato alla carica di presidente che sosterranno in occasione del voto in aula, puntando a garantire una maggioranza parlamentare. In secondo luogo, e più in generale, il meccanismo in questione dovrebbe essere oggetto di un accordo interistituzionale tra il Parlamento e il Consiglio europeo, che oltre a formalizzare la procedura dello *Spitzenkandidat*, preveda anche la consultazione tra il presidente del Consiglio europeo, le entità politiche ed i gruppi parlamentari europei al fine di definire le modalità di funzionamento di tale procedimento. Il collegamento con il collegio unico - in particolare l'impegno di porre a capo di ogni lista

⁵⁵ Sullo *Spitzenkandidat* si veda la bibliografia citata *supra* nota 17.

⁵⁶ *Risoluzione legislativa del Parlamento*, cit., lett. z).

elettorale il candidato di punta – risulta essenziale per rafforzare e dare sostanza alla procedura in discorso. Nelle ultime due tornate elettorali (quella del 2014 e del 2019), nonostante gli sforzi dei partiti politici europei esistenti, la procedura dello *Spitzenkandidat* ha occupato un posto decisamente marginale nelle campagne elettorali svolte all'interno di ciascuno Stato membro⁵⁷. Visto che ogni elettore era chiamato ad eleggere candidati presenti solo nell'ambito della circoscrizione nazionale, l'attenzione per un meccanismo sovranazionale, come quello del candidato di punta, è risultata pressoché inesistente. Invece, con l'introduzione della circoscrizione pan-europea si dovrà necessariamente affrontare una campagna elettorale basata su una dimensione europea – almeno per quel che concerne le liste transnazionali – nell'ambito della quale la nomina del presidente della Commissione sarà un elemento di grande rilievo politico nel dibattito per l'elezione dei candidati del collegio unico.

3.4. Selezione dei candidati e sistema elettorale.

Nella proposta di regolamento, quindi, si stabilisce che ogni entità elettorale europea possa presentare una sola lista nella circoscrizione transnazionale. A loro volta i partiti e le associazioni nazionali possono sostenere soltanto la lista alla quale aderiscono⁵⁸.

Relativamente alla nazionalità dei candidati rilevante per l'inserimento nella lista elettorale, questa, in base all'art. 15, par. 6 del progetto, non sempre corrisponde a quella posseduta. Infatti, i candidati che si trovino in un paese terzo, provenendo però da uno Stato membro diverso da quello di nazionalità, verranno considerati come cittadini dello Stato membro di ultima residenza e non di quello di cui possiedono la nazionalità. Questa previsione, ispirata al principio della residenzialità seguito nell'art. 22 TFUE per l'elettorato attivo e passivo al PE, ribadisce la valenza politica della cittadinanza europea. Come vedremo, l'attribuzione della nazionalità è un elemento centrale nella definizione delle liste transnazionali.

Particolare attenzione poi è riservata ai principi di democraticità, trasparenza e parità di

⁵⁷ Sul punto si vedano P. Thinus, *The Spitzenkandidaten process in a more fragmented European Parliament: A path towards EU democratic legitimacy?*, in *European Union Studies Association (EUSA), 17th Biennial*, p. 11 s.; S. Richter e S. Stier, *Learning about the unknown Spitzenkandidaten: The role of media exposure during the 2019 European Parliament elections*, in *European Union politics*, n. 23-2/2022, p. 309 ss.

⁵⁸ Così si prevede nella proposta, art. 15, par. 4.

genere⁵⁹, che devono essere rispettati con scrupolo sia nei collegi nazionali che in quello europeo. Relativamente a quest'ultimo, si prevede che l'Autorità elettorale europea abbia il compito di vigilare sulla conformità ai richiamati principi; vigilanza che, in casi specifici, può essere suscitata in seguito ad un reclamo motivato sollevato da chi ne contesta l'osservanza da parte di un'entità politica. Tuttavia – come già si è detto in merito alle nuove entità politiche introdotte dalla proposta – i requisiti fissati per i partiti politici a livello europeo nel regolamento 1141/2014, non sono espressamente richiesti per le associazioni europee di elettori e per le coalizioni europee di partiti e associazioni.

Nel progetto poi, sia per le circoscrizioni nazionali che per quella europea, si punta a favorire l'accesso al voto a tutti i cittadini e ad assicurare adeguate informazioni. Speciale riferimento è fatto alle persone con disabilità, per le quali si prevede il diritto al voto⁶⁰, l'accesso facilitato a materiali informativi e alle strutture dei seggi elettorali⁶¹. Analoghe garanzie vengono indicate per i cittadini residenti al di fuori del loro paese d'origine, le persone che non hanno una residenza permanente, chi vive in contesti residenziali chiusi, le persone senza fissa dimora e i detenuti. Relativamente a queste categorie, però, i presidi citati sono contemplati solo nella risoluzione legislativa e nei considerando.

Per quel che riguarda il sistema di voto, nell'art. 15, par. 7 della proposta si specifica che ciascuna lista deve contenere un numero di candidati corrispondente al totale dei seggi previsti nel collegio pan-europeo; quindi, se il regolamento entrerà in vigore ciascuna entità elettorale europea dovrà indicare 28 candidati. Questi ultimi come si è detto, saranno votati dagli elettori, che disporranno di due voti: uno per il collegio nazionale ed uno per quello europeo.

Per l'assegnazione dei seggi si prevede, sia per le circoscrizioni nazionali che per quella europea, il riporto di voto di tipo proporzionale. Per la sola circoscrizione unica, i risultati sono stabiliti conformemente al sistema *D'Hondt*⁶² e non è prevista alcuna soglia di sbarramento, che invece per i collegi nazionali può essere fissata, a discrezione di ciascun paese fino ad un tetto massimo del 5%. Sempre in riferimento alla sola circoscrizione

⁵⁹ *Ibidem*, art. 10, par. 2.

⁶⁰ Proposta, art. 4.

⁶¹ *Ibidem*, artt. 7 e 17.

⁶² Relativamente alla concreta applicazione di tale sistema nell'ambito della circoscrizione unica, nell'allegato 3 della Proposta si fornisce un esempio pratico del suo funzionamento. In merito all'applicazione del metodo d'Hondt nel contesto della Ue si veda S. Kotanidis, *Understanding the d'Hondt method, Allocation of parliamentary seats and leadership positions*, European Parliamentary Research Service, PE 637.966 – June 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637966/EPRS_BRI\(2019\)637966_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637966/EPRS_BRI(2019)637966_EN.pdf).

europea, le liste sono bloccate escludendo conseguentemente l'espressione di alcuna preferenza da parte dell'elettore.

3.5. Equilibrio geografico.

Forse l'aspetto più delicato dell'introduzione di una circoscrizione europea, riguarda il principio dell'equilibrio geografico. Come si è visto nel precedente paragrafo, diversi commentatori hanno espresso forti preoccupazioni sul fatto che in una competizione aperta a tutte le 27 nazionalità europee, a prevalere sarebbero i rappresentanti degli Stati più popolosi. Anche se in termini generali a tale osservazione si potrebbe ribattere che in un confronto democratico, libero ed aperto, è il numero dei voti che conta e non la loro provenienza, in concreto le cose sono più complicate.

Allo stato attuale sussistono almeno tre elementi di cui tenere conto. Il primo, è il fattore linguistico. Vista l'inesistenza di una lingua veicolare correntemente utilizzata da una quota significativa di cittadini europei, i candidati dei paesi più popolosi avrebbero certamente una posizione privilegiata nel proporre le proprie idee a un numero rilevante di elettori, rispetto ai pochi che potrebbero comprendere le ragioni di candidati parlanti idiomi meno diffusi. Il secondo elemento tocca le corde identitarie. In un'Unione ad identità debole, come comunemente riconosciuto, c'è da attendersi che i cittadini di ciascun paese tenderebbero a riporre maggior fiducia su candidati che possiedono la loro nazionalità. Ed anche tenendo conto di questo aspetto, a trarne vantaggio sarebbero i paesi con più abitanti. Infine, se il risultato dell'operare dei due fattori di cui si è detto portasse, prevedibilmente, all'elezione di candidati dei soli paesi demograficamente più dotati, entrerebbe in crisi il principio della proporzionalità degressiva, che ha sempre ispirato la ripartizione dei seggi tra Stati membri. Meccanismo che, come noto⁶³, corregge il principio *one head, one vote* e favorisce i Paesi meno popolosi, garantendogli una rappresentanza *rilevante*. Nel caso in cui tale concezione dovesse essere disattesa a causa della circoscrizione transnazionale, paradossalmente il nuovo sistema invece di favorire l'unificazione, potrebbe accrescere risentimento e divisione.

Tenendo conto di queste considerazioni, il progetto anzi tutto fornisce nell'allegato I l'elenco degli Stati membri ripartiti in tre categorie sulla base delle rispettive popolazioni

⁶³ Sul tale principio si veda W. Słomczyński e K. Życzkowski, *Degressive proportionality in the European Union*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, PE 583 117, <https://www.math.uni-augsburg.de/htdocs/emeriti/pukelsheim/2017Brussels/AFCOpresentationSlomczynski.pdf>.

(aggiornate alla luce dei dati forniti da Eurostat). I primi sono i 5 paesi del Gruppo A, con una popolazione compresa tra i 37,9 milioni e gli 83,1 milioni⁶⁴. Il Gruppo B è costituito da 10 paesi che contano tra i 6,9 milioni ed i 19,3 milioni di abitanti⁶⁵. Infine, il Gruppo C comprende 12 Stati membri con una popolazione che va da 0,5 milioni a 5,8 milioni⁶⁶.

Un primo accorgimento per assicurare un'equa rappresentanza geografica, è contenuto nell'art. 12, par. 4 del progetto di regolamento, secondo il quale nella circoscrizione pan-europea le liste elettorali sono chiuse, seppur nel rispetto dei principi della parità di genere e «senza violare i diritti delle persone non binarie»⁶⁷. Questa scelta evita che i voti provenienti dai paesi più *grandi* possano risultare determinanti attraverso il meccanismo delle preferenze.

Quindi e soprattutto, si prevede che ciascuna lista elettorale – che come si è detto, deve comprendere tanti candidati quanti sono i seggi della circoscrizione – sia suddivisa in sezioni di tre posti. Visto che la proposta fissa a 28 il numero dei seggi, vi saranno 9 sezioni da 3 seggi ed una con un solo posto. L'art. 15, par. 9 chiarisce che, all'interno di ogni sezione ciascuno dei tre posti «deve essere occupato da un candidato proveniente da ciascuno dei tre gruppi di Stati membri definiti nell'allegato I». In questo modo i candidati dei tre Gruppi demografici sono seggi su di un piano di forzata parità.

Tuttavia, considerato che per presentare una lista nella circoscrizione unica, è sufficiente che un'entità elettorale sia formata da soggetti registrati in minimo un quarto degli Stati membri, è possibile che un paese abbia un numero di candidati superiore rispetto a tutti gli altri. A tale riguardo il progetto di regolamento stabilisce, in modo decisamente criptico nell'art. 15, par. 10, che «L'ordine dei candidati residenti in un qualsiasi Stato membro inclusi in ciascuno dei tre gruppi di Stati membri di cui all'allegato 1 varia in ogni sezione di tre posti nella lista fino al posto corrispondente al numero che si ottiene dividendo per due il numero totale di seggi, se necessario arrotondato al numero intero più vicino». A chiarire il contenuto della formulazione ermetica, una fonte del Parlamento europeo non citabile, ha specificato che la presenza di tre candidati provenienti da ciascuno dei tre Gruppi di Stati, deve essere rispettata sino alla quinta sezione, che corrisponde a 15 candidati, ossia uno in più della metà dei mandati previsti. Nelle successive sezioni di tre

⁶⁴ Germania, Francia, Italia, Spagna e Polonia.

⁶⁵ Romania, Olanda, Belgio, Grecia, Cechia, Svezia, Portogallo, Ungheria, Austria e Bulgaria.

⁶⁶ Danimarca, Finlandia, Slovacchia, Irlanda, Croazia, Lituania, Slovenia, Lettonia, Estonia, Cipro, Lussemburgo e Malta.

⁶⁷ Proposta, art. 10, par. 1.

(dalla 6 alla 9 più la 10 con un solo candidato), la condizione della contemporanea presenza dei tre Gruppi non si applica⁶⁸. In questo senso, quindi, quanto previsto nel par. 10 costituisce una deroga, seppur non espressa, al requisito di equilibrio geografico fissato nel precedente par. 9.

Quest'ultima previsione dà una certa flessibilità al sistema di ripartizione geografica, evitando la presenza forzata di una nazionalità in tutte e 10 le sezioni a discapito delle altre, garantendo al contempo un numero significativo di candidati appartenenti a ciascun Gruppo. Inoltre, è altamente improbabile che si formi una lista in cui ci sia una massiccia presenza di candidati provenienti dai paesi meno popolosi, e un solo rappresentante di un Paese demograficamente grande. Ciò giustifica un discostamento da un rigido equilibrio tra i tre Gruppi di Stati nelle ultime quattro sezioni di candidati delle liste elettorali. Tuttavia, sarebbe fortemente auspicabile una maggiore chiarezza sul metodo con il quale stabilire l'ordine e la presenza di una specifica nazionalità all'interno delle liste elettorali.

3.6. Svolgimento della campagna elettorale.

Un altro aspetto che a nostro avviso è di centrale importanza, riguarda lo svolgimento della campagna elettorale.

Un apporto di chiarezza è fornito dalla previsione⁶⁹, secondo la quale le entità elettorali europee devono presentare le liste di candidati entro 12 settimane dalle elezioni (che si tengono per tutti il 9 maggio), sia per ciò che concerne le circoscrizioni nazionali che per quella europea. Ciò eviterà le macroscopiche differenze di date in merito alle ufficializzazioni delle candidature, che fino ad oggi hanno contraddistinto le campagne elettorali europee dei diversi Stati membri. A titolo di esempio, nelle elezioni del 2019, in Italia le liste potevano essere presentate 40 giorni prima della tornata elettorale⁷⁰. In altri Paesi era previsto un termine più breve, come nel caso dei 30 giorni della Svezia; oppure

⁶⁸ Il maggiore squilibrio in assoluto si verificherebbe se la lista fosse formata da tutti i Paesi del gruppo C (ossia i 12 meno popolosi), dai 10 del gruppo B, e da un solo Paese del gruppo A (uno dei cinque più popolosi). In questa lista di 23 nazionalità, al Paese del gruppo A spetterebbero almeno 5 candidati, mentre tutti gli altri Paesi, per essere rappresentati, ne avrebbero solo 1 o al massimo 2.

⁶⁹ Proposta, art. 11.

⁷⁰ Cfr. Ministero dell'Interno, *Elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia di domenica 26 maggio 2019, Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature*, https://dait.interno.gov.it/documenti/pub_02_europee_ed.2019.pdf.

maggiore, come in Grecia (50 giorni) o in Lussemburgo (72 giorni)⁷¹.

Sempre nel segno della chiarezza, nella proposta, come più volte ricordato, è stabilito che ciascuna entità elettorale deve presentare una sola lista a livello dell'Unione, e che i partiti e le associazioni nazionali di elettori devono limitarsi a sostenerne soltanto una⁷².

Venendo alla campagna elettorale vera e propria, questa non può iniziare prima di otto settimane dalla data delle elezioni⁷³, ed è compito degli Stati garantire uguale visibilità a tutte le entità elettorali, sia che concorrano per i seggi nazionali che per quelli transnazionali. I partiti e le associazioni che sostengono una lista sono liberi di operare secondo le modalità ritenute più opportune, tenendo conto però che le «disposizioni relative all'invio di materiale informativo agli elettori in occasione delle elezioni al Parlamento europeo sono uguali a quelle che si applicano per le consultazioni nazionali, regionali e locali nello Stato membro interessato»⁷⁴. Inoltre, i materiali elettorali devono essere resi accessibili in particolare alle persone con disabilità⁷⁵. Per quel che riguarda specificamente la circoscrizione unica, si prevede sempre in merito ai materiali informativi, che gli Stati «assicurano la parità di trattamento e di opportunità» rispetto a quanto è disposto per le campagne elettorali relative ai seggi nazionali⁷⁶. Parità di trattamento che, tuttavia, non è specificata neppure in modo esemplificativo, e lasciata perciò all'ampio spazio di discrezionalità dei diversi approcci domestici.

Venendo ad altri aspetti, a nostro avviso problematici, che investono specificamente la circoscrizione pan-europea, questi concernono il finanziamento delle campagne elettorali e la gestione della comunicazione pubblica.

Relativamente al primo punto, nel considerando 14 si afferma, in maniera alquanto generica, che «è opportuno finanziare adeguatamente la campagna elettorale nella circoscrizione a livello dell'Unione». Genericità che è confermata nell'art. 16 dedicato al «Finanziamento delle campagne elettorali delle entità elettorali europee». Nella disposizione ci si limita ad affermare che, in merito al finanziamento delle campagne delle entità elettorali europee, si applica quanto previsto nel regolamento n. 1141/2014 sui partiti politici europei. Tale atto subordina la concessione di un sostegno finanziario solamente a

⁷¹ Cfr. European Parliamentary Research Service, *The European Elections of May 2019 Electoral systems and outcomes*, PE 652.037 – July 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652037/EPRS_STU\(2020\)652037_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652037/EPRS_STU(2020)652037_EN.pdf).

⁷² *Ibidem*, art. 14, par. 4.

⁷³ *Ibidem*, art. 17, par. 1.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 17, par. 5.

⁷⁵ *Ibidem*, art. 17, par. 3.

⁷⁶ *Ibidem*, art. 17, par. 6.

quei partiti o fondazioni, che siano rappresentati «in seno al Parlamento europeo da almeno uno dei suoi membri»⁷⁷. Condizione questa di cui può facilmente difettare un'associazione europea di elettori, la cui esistenza, come si è visto, è subordinata a tre requisiti che è bene richiamare: essere registrata in almeno un quarto degli Stati membri; rappresentare almeno lo 0,02 % della popolazione avente diritto di voto negli Stati membri interessati; condurre una campagna elettorale per la circoscrizione a livello dell'Unione. La presumibile assenza di eurodeputati nelle liste di un'associazione europea, la porrebbe in una condizione di inferiorità rispetto alle altre entità politiche europee (partiti politici europei, coalizioni europee di partiti politici nazionali e/o associazioni nazionali di elettori), che, nella campagna elettorale potrebbero facilmente contare anche su contributi del bilancio dell'Unione. A questo riguardo riteniamo, che una qualche forma di sostegno finanziario a favore delle associazioni transnazionali, sarebbe fortemente auspicabile, vista la loro presumibile natura meno strutturata e solida rispetto ai partiti politici.

In merito alla gestione della comunicazione pubblica durante la campagna elettorale, ricompare il *favor* per i partiti politici europei già rappresentati nell'eurocamera; in quanto si prevede⁷⁸, che lo spazio garantito dalle emittenti del servizio pubblico sia proporzionale ai risultati raggiunti nelle precedenti elezioni. L'unico richiamo a salvaguardia delle nuove entità elettorali – ed anche in questo caso è da sottolineare la presumibile fragilità delle associazioni europee di elettori – è contenuto nello stesso art. 15, in cui è disposto che debba essere assicurata «una copertura minima di tutte le liste a livello dell'Unione».

Di tenore opposto, e finalmente favorevole alle associazioni europee di elettori, suona l'art. 17, par. 6 del progetto di regolamento, in base al quale, purtroppo in termini fin troppo generali e riassuntivi, si prevede che «gli Stati membri assicurano la parità di trattamento e di opportunità tra le entità elettorali europee e i partiti politici nazionali e le associazioni nazionali di elettori per quanto riguarda la campagna elettorale relativa alla circoscrizione elettorale a livello dell'Unione».

Tuttavia, il fatto che l'onere di assicurare la parità di trattamento ricada sugli Stati membri e viste le previsioni relative ai finanziamenti delle campagne elettorali e alla comunicazione pubblica, sarà difficile capire in che modo si possa effettivamente garantire una parità di

⁷⁷ «Un partito politico europeo [...] rappresentato in seno al Parlamento europeo da almeno uno dei suoi membri e [...] può chiedere un finanziamento a carico del bilancio generale dell'Unione europea, conformemente alle modalità e alle condizioni pubblicate dall'ordinatore del Parlamento europeo in un invito a presentare domande di contributi», Art.17, par. 1 del *Regolamento n. 1141/2014*.

⁷⁸ Progetto, art. 15, par. 3.

trattamento, in particolare per quel che riguarda la circoscrizione europea, tra partiti politici nazionali ed europei ed associazioni europee di elettori.

3.7. Autorità elettorale europea.

La proposta prevede⁷⁹ l'istituzione della più volte citata Autorità elettorale europea (Autorità), con il compito di garantire la corretta applicazione delle norme relative alle elezioni europee, con particolare riguardo alla circoscrizione transnazionale.

Per quel che riguarda quest'ultima, l'Autorità è chiamata a svolgere i seguenti compiti: monitora il processo elettorale; verifica le condizioni poste alle entità elettorali europee per la presentazione delle liste⁸⁰, e riceve i reclami relativi alla mancanza dei requisiti richiesti per la presentazione di liste elettorali⁸¹; coordina le Autorità di contatto nazionali, recependone i dati relativi agli elettori e ai candidati⁸²; proclama i risultati delle elezioni⁸³; si pronuncia su eventuali contestazioni relative alle norme contenute nel regolamento e se richiesta, fornisce assistenza alle Autorità nazionali che partecipano alla procedura elettorale.

In merito alla composizione, ogni Stato membro nomina un componente dell'Autorità, che però deve essere scelto «tra accademici nel campo del diritto o delle scienze politiche e altri esperti di sistemi elettorali in base alle loro qualità professionali e nel rispetto dell'equilibrio di genere» (art. 28, par. 4 del progetto). Ciò nonostante, ogni membro opera in maniera autonoma rispetto agli Stati, alle istituzioni e a qualsiasi organismo. In caso contravvenga a tale condizione, può essere destituito dal suo incarico con voto di almeno tre quinti dei membri dell'Autorità. Inoltre, a rafforzare l'indipendenza dell'Autorità, essa non può contare ex membri del Parlamento europeo, di parlamenti nazionali, titolari di un mandato elettorale, né membri o funzionari governativi o di istituzioni o organi della Ue, e neppure componenti di un partito politico europeo, di un'associazione europea di elettori, o di una fondazione politica europea.

Il mandato dei membri dell'Autorità ha la durata di cinque anni e può essere rinnovato una

⁷⁹ *Ibidem*, art. 28.

⁸⁰ *Ibidem*, art. 15.

⁸¹ *Ibidem*, art.10, par. 2

⁸² *Ibidem*, art. 18, par.2.

⁸³ *Ibidem*, art. 20, par. 1.

sola volta. Nonostante l'Autorità verrà istituita non appena possibile dopo l'entrata in vigore del regolamento, il suo primo mandato sarà calcolato a partire da due anni e mezzo dall'avvio della successiva legislatura.

Particolarmente importante ci sembra la previsione secondo la quale l'Autorità deve presentare al Parlamento europeo una relazione sull'organizzazione delle elezioni europee, nonché sull'applicazione del relativo regolamento e sul conseguimento dei suoi obiettivi. Tale relazione deve essere elaborata entro i nove mesi successivi alle prime elezioni europee tenute con il nuovo sistema. Vista l'assoluta novità della circoscrizione europea e la sua speciale rilevanza sul piano politico, una circostanziata verifica sulla sua funzionalità ed efficacia, risulta indispensabile. In particolare, occorrerà valutare attentamente le dinamiche che emergeranno in merito ad aspetti quali: la costituzione delle entità elettorali europee, lo svolgimento delle campagne elettorali, la reazione degli elettori, i risultati raggiunti in termini di equilibrio geografico, i rapporti tra gli eurodeputati eletti in circoscrizioni nazionali e quelli provenienti dalla circoscrizione unica. Solo l'analisi di questi elementi, svolta alla luce di dati reali, potrà decretare il successo o meno della circoscrizione pan-europea.

4. Può funzionare?

Alla luce dell'analisi del contenuto della proposta, si possono avanzare ora delle considerazioni in merito ai dubbi sull'introduzione del collegio pan-europeo. Soprattutto, dobbiamo chiederci se le diverse critiche espresse su questa nuova e *rivoluzionaria* riforma, di cui si è dato conto nel paragrafo 2, risultino superate dalle soluzioni apprestate nell'atto che abbiamo esaminato.

Come si è visto, secondo i critici, sono quattro le principali conseguenze negative ascrivibili all'istituzione del collegio unico, ossia: la distanza tra gli eurodeputati del collegio unico ed i cittadini, l'accresciuta conflittualità tra europeisti e anti-europeisti dentro e fuori al PE, l'acuirsi dello squilibrio geografico a favore dei paesi più popolosi, la difficoltà di assicurare una campagna elettorale equilibrata.

Relativamente al primo appunto, è indubbio che i candidati al collegio unico pan-europeo, che assomma quasi mezzo miliardo di elettori, avranno seri problemi per entrare in contatto con i cittadini. Per questo sarà essenziale il ruolo dei partiti e delle associazioni europee

che sostengono ciascuna lista elettorale. Spetterà a loro più che ai singoli candidati ed ai singoli partiti nazionali superare gli straordinari ostacoli di natura linguistica, culturale, ed organizzativa che separano ogni candidato, con la sua nazionalità e la sua storia personale, dalla moltitudine di elettori di nazionalità differenti. Saranno i partiti e le associazioni di elettori presenti nei diversi Stati membri – sollecitate e coordinate dalle entità elettorali europee di riferimento – a doversi far carico di far conoscere e diffondere le idee dei propri candidati in modo che siano visibili e valutabili ovunque. In questo senso si tratterà più di un gioco di squadra, che di un'azione individuale, a meno che il candidato non sia un eccezionale poliglotta dotato di ingenti risorse finanziarie ed organizzative. In quest'ottica, la scelta di optare per liste chiuse appare più che comprensibile. C'è da augurarsi poi che la centralità dei partiti politici europei e soprattutto delle associazioni di elettori europei, favorisca il nascere di effettive compagini politiche pan-europee, realtà che sino ad oggi non sono mai state in grado di avere un peso rilevante. Nel caso della circoscrizione unica, invece, la loro azione sarà determinante, almeno per quel che riguarda la posta in gioco dei 28 seggi pan-europei. Inoltre, a ridimensionare il problema concorre il fatto che fino ad ora anche i candidati nei collegi nazionali non sono mai stati alla ribalta dell'attenzione pubblica, in quanto le elezioni del PE sono sempre state considerate praticamente in tutti gli Stati membri, un passaggio politico di secondaria rilevanza⁸⁴. Nella peggiore delle ipotesi, quindi, anche i candidati delle liste uniche saranno votati dagli elettori in maniera alquanto superficiale, come già accade per quelli delle circoscrizioni nazionali.

La vera sfida del collegio unico è creare interesse per le elezioni del PE e per riuscirci è indispensabile dare vita ad una sfera politica europea che oggi non esiste. Ed in questo senso, ancora una volta è centrale il ruolo dei partiti politici e delle associazioni europee e delle relative coalizioni⁸⁵. Solo spingendole a concepire delle vere piattaforme politiche europee e a definire su di un piano transnazionale le liste elettorali, tali entità potranno realmente acquisire una dimensione rilevante. Ecco perché, guardando alla condizione

⁸⁴ Si vedano al riguardo K. Reif e H. Schmitt, *Nine Second-Order National Elections - A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results*, in *European Journal of Political Research*, 8, 1980, pp. 3-44; O. Rozenberg, *L'influence du Parlement européen et l'indifférence de ses électeurs: une corrélation fallacieuse?*, in *Politique européenne*, n. 28/(2009/2), pp. 7-36, <http://dx.doi.org/10.3917/poeu.028.0007>; S. Russack, *EU Parliamentary democracy: how representative?* in S. Blockmans e S. Russack, *Representative Democracy in the EU : Recovering Legitimacy*, Center for European Policy Studies, 2019, p. 51 ss.

⁸⁵ Sull'importanza di un ruolo più attivo dei partiti politici nazionali per europeizzare le elezioni del PE e più in generale per favorire il processo di integrazione D. Braun, E. Grande, *Politicizing Europe in Elections to the European Parliament (1994-2019): The Crucial Role of Mainstream Parties*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 59-5/2021, p. 1124 ss.

attuale della Ue, il paragone con Stati federali quali la Germania, la Svizzera o gli Stati Uniti d'America, dove non esiste una circoscrizione elettorale pan-nazionale, non è proponibile. In questi Paesi è presente una sfera politica comune e partiti che operano sia a livello federale che sub-federale. Nella Ue questa condizione deve essere creata e la circoscrizione unica appare, insieme al meccanismo dello *Spitzenkandidat*, uno strumento che può favorire la nascita di partiti, associazioni e movimenti che abbiano, natura, programmi e sostegno popolare realmente europei.

La seconda preoccupazione, sull'accresciuta conflittualità tra europeisti e anti-europeisti, appare poco convincente. Le liste elettorali transnazionali saranno sostenute in ciascun paese, o in un numero rilevante di questi, da partiti ed associazioni che operano sul territorio nazionale e che inevitabilmente parteggeranno per tutti i candidati inseriti nelle liste uniche, quindi anche per quelli che hanno nazionalità differenti. Le dinamiche politiche già presenti nel PE di oggi, con partiti euroscettici e partiti europeisti, si riprodurranno anche nella circoscrizione transnazionale, con i 28 eletti che confluiranno nei gruppi politici ai quali aderiranno i loro colleghi delle circoscrizioni nazionali. Non sembra verosimile, infatti, che un'entità elettorale europea concorra al fine di creare un gruppo politico del tutto nuovo, spiccatamente più europeista o più euroscettico di quelli esistenti, fosse per altro che per il numero inevitabilmente ridotto di eurodeputati *transnazionali*, che non potranno essere più di 28. Quindi, il timore di un innalzamento del gradiente di conflitto tra europeisti e anti-europeisti dovuto all'introduzione della circoscrizione unica, risulta ingiustificato.

Da non tralasciare poi l'effetto *cosmopolita*, che inevitabilmente si creerà con il collegio transnazionale. Anche se probabilmente in collegamento con candidati nazionali, impareremo a conoscere politici di altri Paesi europei che cercheranno di ottenere il nostro consenso. Si tratterà di qualcosa di simile a quanto accade con il programma Erasmus senza bisogno di trasferirci all'estero. Perché in questo caso saranno le altre nazionalità a farci sentire la propria voce a casa nostra. Se il meccanismo funzionerà, il risultato sarà un'europeizzazione dal basso della politica.

Riguardo allo squilibrio geografico, il sistema predisposto nella proposta dovrebbe evitare qualsiasi tipo di sovra-rappresentazione. Il meccanismo delle sezioni di tre candidati, necessariamente provenienti da ciascuno dei tre gruppi demografici (paesi grandi, medi e piccoli) potrà forse favorire marginalmente questo o quel paese, ma non sembra verosimile pensare ad un allontanamento significativo dal principio di proporzionalità degressiva sancito nell'art. 14, par. 1 del TUE.

Di tutt'altro spessore sono le considerazioni relative alle campagne elettorali per la circoscrizione unica. A nostro avviso questo è il vero punto debole. La proposta si limita a fissare alcuni elementi comuni, quali la data per la consultazione (il 9 maggio), la scadenza per la presentazione delle liste, l'assenza di una soglia di sbarramento, liste chiuse e con eguale numero di candidati. Per il resto, come si è detto, le previsioni sono generiche e poco incisive. Basti ricordare che gli spazi di comunicazione pubblica e privata, i finanziamenti ammissibili, i requisiti sulle candidature, la diffusione sui materiali informativi, le incompatibilità (a parte le poche indicate dalla normativa Ue), sono tutti aspetti decisi sostanzialmente a livello domestico. E il compito di assicurare un equo trattamento per quel che riguarda la circoscrizione pan-europea è lasciato sostanzialmente agli Stati⁸⁶. Troppo poco, pensando al fatto che gli Stati membri notoriamente non brillano per sostegno spassionato all'europeizzazione della politica.

Inoltre, come si è visto, per ciò che concerne i finanziamenti, le entità elettorali europee che non contino tra le loro compagini degli europarlamentari, non potranno usufruire del sostegno della Ue⁸⁷.

A nostro avviso, questi sono aspetti che possono minare alle fondamenta ogni aspirazione di trovare nel collegio unico lo strumento in grado di cambiare radicalmente le elezioni europee, guadagnando maggiore attenzione degli elettori e creando un effettivo dibattito pubblico su temi europei. Sono due le principali ragioni alla base di campagne elettorali europee che fino ad oggi sono state snobbate dagli elettori e dai partiti politici nazionali: la scarsa conoscenza dell'Unione europea e delle sue dinamiche, regole sulle campagne elettorali differenti in ogni Stato membro⁸⁸.

Il progetto, non solo lascia immutate queste carenze riguardo alle elezioni nelle circoscrizioni nazionali, ma trasla tali debolezze alla campagna elettorale per la circoscrizione unica. Il prevedere una «copertura [comunicativa] minima di tutte le liste a livello dell'Unione» e assicurare «la parità di trattamento e di opportunità tra le entità elettorali europee e i partiti politici nazionali» appaiono espressioni troppo vaghe per garantire un dibattito efficace e diffuso sulle liste elettorali transeuropee. Il rischio è che a livello interno si privilegino le elezioni dei candidati nazionali; e che questi, per

⁸⁶ *Ibidem*, art. 17, par. 6.

⁸⁷ *Ibidem*, art. 16.

⁸⁸ Si vedano le analisi svolte in merito alla presunta *differenza* delle consultazioni del 2014, W. van der Brug, K. Gattermann e C. H. de Vreese, *Introduction: How Different Were the European Elections of 2014?*, in *Politics and Governance*, n. 1/2016, p. 1 ss.

massimizzare le chance di essere eletti, si concentrino come di consueto, su problemi ed aspetti legati al dibattito politico interno, invece di avventurarsi in tematiche legate all'Unione europea, delle quali i cittadini ed anche la maggior parte dei politici e del mondo della comunicazione, sono pressoché ignari.

La circoscrizione unica invece potrebbe costituire proprio quell'utile strumento per spingere le elezioni del PE fuori dal recinto domestico. Per sua natura, infatti, il collegio unico europeo introdurrebbe nelle elezioni del PE una prospettiva sovranazionale, e costringerebbe i partiti nazionali a prendere sul serio l'Unione europea se intendono aggiudicarsi una quota, anche se ridotta, di eurodeputati. Questa spinta virtuosa può prodursi, però, a condizione che venga garantito un ampio, o almeno sufficiente, spazio al dibattito su temi europei, e che le entità elettorali europee – soprattutto quelle più genuinamente di dimensione transnazionale, come le nuove associazioni di elettori europei – dispongano di finanziamenti e sostegni adeguati a promuovere le proprie idee.

L'esperienza dello *Spitzenkandidat* dimostra come non basti una buona proposta – quella di far indicare i candidati di punta per la carica di presidente della Commissione europea ai partiti politici europei – per far sì che i media ed i cittadini si mobilitino in occasione delle elezioni europee.

In conclusione, quindi, si può dire che la circoscrizione unica non rappresenti la panacea di ogni male che affligge la Ue (vista anche la sua dimensione *sperimentale*), ma che, se ben supportata da puntelli che non ritroviamo se non solo in parte nell'attuale proposta, potrebbe far uscire il Parlamento europeo e le sue elezioni da quell'anonimato, che corrode ad ogni tornata popolare le sue aspirazioni di divenire il principale legislatore di una futura Europa unita.

Abstract: Le elezioni del Parlamento europeo, a parte l'inversione di tendenza dell'ultima tornata del 2019, hanno visto costantemente scendere l'afflusso ai seggi da parte dei cittadini europei. Tante le motivazioni di questa tendenza. Tra queste sicuramente un peso rilevante lo ha avuto la presenza di un sistema elettorale basato su circoscrizioni elettorali nazionali e con poche regole comuni. Da oltre 20 anni si discute, in particolare nel Parlamento europeo, della necessità di dare alle elezioni europee una maggiore connotazione unitaria, che faciliti l'identificazione dei cittadini con le istituzioni della Ue. La principale proposta in tal senso è quella di istituire un collegio pan-europeo nel quale elettori di tutti paesi dell'Unione concorrano ad eleggere eurodeputati provenienti dai

differenti Stati della Ue. Nel contributo, dopo aver illustrato le ragioni a favore e contro l'introduzione di tale nuovo sistema, si approfondisce il contenuto della recente proposta di riforma del sistema elettorale del Parlamento europeo, che prevede anche la creazione di una circoscrizione pan-europea nella quale eleggere 28 eurodeputati. Proposta che, ad avviso dell'autore, presenta diversi punti di debolezza.

Abstract: The election of the European Parliament, notwithstanding the reversal trend of the last turnout of the 2019, has constantly seen a decreasing interest from the European citizens. This tendency has many reasons. Amongst these a relevant factor is surely the presence of an electoral system based on national constituencies with few common rules. The necessity to give to the European election a greater unitary connotation is discussed within the European Parliament in particular since more than 20 years, with the intent to facilitate the identification of the citizens with the EU Institutions. The main proposal in this sense is to create a pan-european constituency, in which the European voters at large contribute to nominate eurodeputies coming from all the EU Member States. In the article, after having described the reasons for and against the introduction of this new system, the content of the recent proposal advanced by the European Parliament, which provides also the institution of a pan-european constituency with 28 eurodeputies, has been analysed. Proposal that, in the author's opinion, has different weakening points.

Parole chiave: Elezioni del Parlamento europeo, sistema elettorale, circoscrizioni elettorali, circoscrizione elettorale europea.

Key words: European Parliament election, electoral system, electoral constituencies, Union-wide constituency.

DALLA DEMOCRAZIA INDIRETTA ALLA DEMOCRAZIA IN DIRETTA: L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SULLA CRISI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA *.

di Marina Calamo Specchia**

Sommario. 1. Tra la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta c'è *Internet*. – 2. La crisi dei partiti e la democrazia disintermediata. – 3. Resistenze costituzionali e populismo digitale.

1. Tra la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta c'è *Internet*.

Sulla formazione del consenso politico si è fatta strada la metafora, propugnata dai filosofi John Milton¹, prima, e John Stuart Mill², poi, del “*marketplace of ideas*”³, in base alla quale la circolazione, la selezione e il reciproco completamento delle idee contribuiscono alla formazione della coscienza politica in ogni cittadino⁴.

Tale metafora, di derivazione liberale statunitense e connessa all'idea che la libertà di espressione attraverso il libero scambio di idee (il *marketplace of ideas*) è tale solo se libera da censure e da interferenze del potere, è stata impiegata dal Justice Holmes in numerose sentenze della Corte Suprema USA con riferimento alla libertà di pensiero, la cui formazione, secondo la matrice liberale, dipende dalle medesime leggi competitive che governano il mercato: si legge, infatti, in un famoso passo di una sua *dissenting opinion* che «*when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is*

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo si inquadra in una linea di ricerca del progetto competitivo Horizon Europe Seeds finanziato dall'Università degli Studi di Bari Aldo Moro sul tema “Libertà di opinione, nuove tecnologie e formazione del consenso”.

** Professoressa Ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro.

¹ J. Milton, *Areopagitica: A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, London, 1644.

² J. Mill, *On Liberty*, John W. Parker and Son, London, 1859.

³ Sul concetto di “*marketplace of ideas*”, S. Ingber, *The Marketplace of ideas: A legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, n. 1/1984, p. 6 ss.; G. Brazeal, *How much does a belief cost? Revisiting of the marketplace of ideas*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21/2012, pp. 1 ss.

⁴ R. Coase, *Markets for Goods and Market for Ideas*, in *American Economic Review*, n. 2/1974, p. 64.

the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution»⁵.

Tuttavia, va precisato che, se negli Stati Uniti il medesimo approccio liberale impiegato a tutela del diritto al libero scambio delle opinioni è stato riproposto dalla Corte Suprema americana con riferimento allo spazio digitale, nel quale vige il principio di libertà di parola, funzionale a garantire l'autonomia individuale (*Reno v. American Civil Liberties Union* del 1997; più di recente, *Packingham v. North Carolina* del 2017), in Europa non si condivide questa verticalizzazione del parametro costituzionale della libertà di espressione, soprattutto quando questo diritto viene esercitato nello spazio digitale. Mentre negli Stati Uniti, infatti, *Internet* e i *social media* godono delle medesime tutele che discendono dalla metafora tradizionale del *marketplace of ideas* come garanzia della democrazia liberale, in Europa la libertà di espressione online non gode dello stesso grado di protezione ma è oggetto di bilanciamento con gli altri diritti contenuti nelle Costituzioni nazionali, nelle Carte sovranazionali e nelle Convenzioni internazionali da parte delle Corti (costituzionali e sovranazionali) che hanno mostrato un approccio più cauto in merito alla tutela *tout court* della libertà di espressione in ambiente digitale, in relazione sia ai beni giuridici di volta in volta ritenuti meritevoli di protezione sia alla natura privata degli attori del nuovo mercato online delle idee⁶.

Ad ogni buon conto, l'idea che la formazione del consenso possa essere influenzata dalle medesime leggi che regolano il mercato può rivelarsi utile per comprendere la recente tendenza, nei sistemi democratici contemporanei, a sostituire la democrazia parlamentare con lo scambio di opinioni nel nuovo *marketplace of ideas*, ossia *Internet*, pur nella consapevolezza che, indubbiamente, la crisi della rappresentanza politica si inserisce in un quadro di frammentazione partitica e che lo sviluppo degli istituti di democrazia diretta e di democrazia partecipata, realizzata anche attraverso le nuove tecnologie in grado di trasformare il cittadino in consumatore dell'offerta politica (non più prodotta attraverso il confronto, mediato dai partiti, di idee tra cittadini/elettori e candidati/eletti), ne costituisce l'effetto più evidente.

⁵ *Abrams v. United State* (1919), 250 U.S. at 616, 624–31 (Holmes, J., dissenting opinion).

⁶ O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the World of Bits: The Case of Freedom of Speech*, in *European Law Journal*, n. 2/2019, p. 155 ss.

In questo quadro, le nuove tecnologie si propongono non solo come motore di moltiplicazione dei canali comunicativi ma anche come amplificatore di quelle forme di partecipazione popolare *altre* e complementari rispetto ai partiti politici, come “associazioni, movimenti, comitati che, a differenza delle strutture classiche, consentono al popolo di partecipare al di fuori della tradizionale contrapposizione maggioranza-opposizione, costituendo un elemento di vitalità e novità per la determinazione, ma anche l’attuazione dell’indirizzo politico”⁷. Proprio la crisi della rappresentanza espletata per il tramite dei suoi classici canali richiede un ripensamento sul ruolo della comunità politica rispetto alla statualità⁸, e dei suoi nuovi modi di esprimersi.

In tal senso, la democrazia digitale si presenterebbe come risposta problematica alla crisi della democrazia rappresentativa e sarebbe in grado di mettere in tensione i principi fondamentali del costituzionalismo e del diritto costituzionale in ordine alla tutela di diritti e libertà fondamentali quali la libertà di opinione e di espressione, il diritto alla riservatezza, la separazione tra sfera pubblica e sfera privata, il diritto/dovere a una corretta informazione, sovente viziata dalla naturale polarizzazione della rete attraverso veri e propri filtri algoritmici creati dalle grandi aziende tecnologiche attraverso la raccolta e l’incrocio di dati richiesti all’utente a fronte della gratuità del servizio reso (cd. *ecochambers*, una sorta di stanze virtuali nelle quali si ripetono come in un’eco le medesime informazioni, quasi in un processo di autopoiesi)⁹.

La relazione digitale ha nei tempi più recenti inciso sull’azione dei partiti politici, i quali hanno cercato di adeguarsi a questa nuova situazione modificando il proprio modo di proporsi all’elettorato¹⁰: questa tendenza va di pari passo con la profilazione dei gusti e delle tendenze personali, resa possibile dalla tracciabilità delle informazioni che ci riguardano sui motori di ricerca, creando quell’isolamento intellettuale indotto dalla rete noto come “*filter bubble*”¹¹ alimentato dal basso tasso di pluralismo in cui versano i media

⁷ A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, pp. 51-52.

⁸ A. Lucarelli, *Nuovi modelli di diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *DPE Rassegna Online*, n. 1/2015, p. 85 ss.

⁹ B. Caravita, *Di fronte ad un mondo che cambia, chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg?*, in A. Poggi, F. Fabrizzi e F. Savastano (a cura di), *Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale. Itinerario di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita*, Roma, 2023, p. 42 ss.; P. Rosanvallon, *Sulla crisi della democrazia*, in *il Mulino*, n. 4/2020, pp. 692-701.

¹⁰ M. Bassini, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *DPCE*, n. 3/2015, p. 861 ss.

¹¹ E. Pariser, *The Filter Bubble: What The Internet In Hiding From You*, UK, 2012. Per la dottrina italiana tema E. Longo, *Dai big data alle “bolle filtro”: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi*

tradizionali con conseguente compressione del processo di formazione della libera opinione¹².

I social funzionano effettivamente come un filtro: man mano che si sono raggiunti livelli sempre più perfezionati di organizzazione dei dati relativi ai singoli utenti, attraverso algoritmi che razionalizzano le nostre azioni in rete, le piattaforme riescono a riconoscere le preferenze individuali. Il flusso di dati che ciascuno di noi immette in rete è potenzialmente illimitato: un *like*, una foto, la richiesta di amicizia a una data persona, l'aver visualizzato un video o postato una pagina sono tutte informazioni apparentemente non significative ma che consentono alla piattaforma di creare un profilo virtuale che corrisponde alle preferenze (alimentari, religiose, politiche, culturali ecc.) dell'utente del *social network*.

Il paradigma della *filter bubble* produce il paradosso dell'informazione passiva collegata al comportamento di accesso ai dati, che induce una progressiva contrazione della capacità critica individuale dei soggetti attraverso la profilazione dei singoli comportamenti sul web (cd. *microtargeting*): infatti, i motori di ricerca rendono gli utenti destinatari in via preferenziale dei contenuti più aderenti ai propri interessi (*profiling*), preselezionati sulla base delle tendenze individuali desunte dalla massiccia raccolta dei dati che ogni utente libera, consapevolmente o meno, nel "non spazio" interconnesso¹³.

L'impatto che le nuove tecnologie¹⁴ hanno sul processo di formazione del consenso (anche politico) degli utenti della rete e sulle modalità di comunicazione privata e pubblica è

costituzionali, n. 1/2019 pp. 29-44; M. Bianca, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2/2019, p. 39 ss.

¹² M. Männikkö, *Computational disinformation and its impact on freedom of expression. An analysis on disinformation on Meta's platforms impact on constitutional freedom of expression*, Stockholms, 2022, p. 63 ss.

¹³ N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, in *Media Laws*, n. 2/2018, p. 13 ss.; sulla profilazione del consenso M.F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, 2020, pp. 121-170.

¹⁴ Una definizione normativa dell'Intelligenza Artificiale (IA) è stata coniata dal High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) nel documento *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, pubblicato dalla Commissione Europea, in data 8.6.2019, secondo il quale «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber -physical systems)», disponibile in: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=56341.

enorme: l'informazione online rispetto a quella sulla carta stampata ha progressivamente sostituito l'informazione dei media tradizionali attraverso la captazione di più del doppio del bacino di utenza sulle piattaforme digitali¹⁵. Si pensi anche al recente uso della piattaforma *TikTok* nelle elezioni politiche italiane del 2022 al fine di captare l'elettorato più giovane: che la politica sia diventata quasi una *social-art*, lo dimostra la creazione da parte del *designer* Davide Fumarola del filtro “*Elezioni politiche 2022*” per creare i propri video attraverso l'aggregazione dei temi politici principali legati alla campagna elettorale, sui quali l'utente è chiamato ad esprimere il proprio consenso o meno per mostrare, al termine del test, in sovraimpressione sul volto dell'utente i partiti più vicini al profilo tracciato in base alle risposte date¹⁶.

Le nuove tecnologie sono in grado di condizionare il nostro processo di elaborazione delle informazioni e di formazione del consenso, tanto nel mercato quanto nella politica: si può affermare che *Internet* abbia prodotto sul piano della comunicazione la medesima rivoluzione correlata all'invenzione della stampa, incidendo sulle modalità di acquisizione e circolazione delle opinioni e sul modo in cui viene prodotta e utilizzata l'informazione¹⁷. A questa trasformazione del linguaggio comunicativo ha giovato, indubbiamente, la frenetica velocità di circolazione e di condivisione delle notizie sul *web* e la capacità di interconnettere informazioni basate sui *Big-Data*. Si tratta di quella che Derrick de Kerckhove definisce la terza tappa del linguaggio: quella del linguaggio che si muove alla velocità della luce attraverso la digitalizzazione elettronica, che non ha più l'andamento lineare dello tempo (linguaggio orale) e dello spazio (linguaggio scritto), ma che passa dalla forma espressiva testuale a quella ipertestuale che occupa di contenuti il non-spazio virtuale globale e che rappresenta una forma di estensione del pensiero, che originatosi dal linguaggio approda allo schermo del *personal computer*. Una psicotecnologia privata, che ci consente di controllare i contenuti e di metterli in connessioni con gli altri contenuti della rete e, in questo senso, “internet è una psicotecnologia connettiva che lega le persone tra di loro”, creando dei “condizionamenti cognitivi”¹⁸.

¹⁵ E. Assante, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *Federalismi.it*, n. 9/2018, p. 6.

¹⁶ E. Zurovac, *Le arti della Politica. Il volto e il voto: prove di posizionamento politico su TikTok fra performance e riflessività connessa*, in *Comunicazione politica*, n. 3/2022, p. 485 ss.

¹⁷ G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media-Laws*, n. 1/2018, p. 2; G. Ziccardi, *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell'algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, n. 1/2020, p. 51 ss.

¹⁸ D. de Kerckhove, *Psicotecnologie connettive*, Milano, 2014, pp. 31-34, in part. p. 34. Si segnala altresì l'intervista di D. Ciccarese a D. de Kerckhove, *Siamo uomini o digitali*, Roma, 2022.

Questo elemento di novità entra prepotentemente nel campo della formazione della pubblica opinione e influisce sul significato contemporaneo di democrazia rappresentativa, che viene ritenuto obsoleto dai movimenti politici post-partitici per i quali il *government by discussion* dovrebbe essere progressivamente sostituito dal rapporto diretto tra il cittadino e le istituzioni reso possibile dalla relazione funzionale tra diritto e tecnologia: il dibattito pubblico si nutre della libertà di circolazione di idee e informazioni grazie alle potenzialità della rete che favorisce la moltiplicazione (ma anche la divisione) degli spazi comunicativi (siti, *social network*, *forum*, *blog*, piattaforme digitali e commerciali, motori di ricerca ecc.)¹⁹ che finiscono per conformare in senso innovativo nozioni tradizionalmente polisense come “opinione pubblica” e “consenso popolare”²⁰ e per incidere altresì sulla legittimazione democratica del potere attraverso la profilazione delle tendenze politiche. In tal senso, densa di significati è la posizione di uno dei fondatori del Movimento Cinque Stelle, Gianroberto Casaleggio, che promuoveva il superamento del modello di democrazia classica di stampo liberale fondata sul principio rappresentativo, che definiva *delega*, secondo una logica di prevalenza della democrazia partecipativa diretta attraverso la rete, la sola a poter consentire un voto consapevole perché, a differenza del voto reso senza essere informati, “*la Rete ridefinisce il rapporto tra cittadino e politica consentendo l’accesso all’informazione in tempo reale su un qualsiasi fatto, ed il controllo sui processi attivati dal governo centrale o locale. La democrazia diretta introduce la centralità del cittadino*”²¹.

La progressiva diffusione dell’offerta politica attraverso i canali telematici, se apparentemente rende il pensiero politico più *a portata di mano*, in realtà riduce il pluralismo nella formazione del consenso, limitandosi a una comunicazione basica e utilizzando un linguaggio semplificato e costruito per carpire il malcontento sociale e non per condividere idee e programmi.

Questo processo di progressiva disintermediazione, unito a riforme che producono lo schiacciamento del ruolo del Parlamento (si pensi alla revisione costituzionale italiana attuata con la l. cost. n. 1/2020 che ha ridotto il numero dei rappresentanti sempre più

¹⁹ R. Cristiano, *L’intelligenza artificiale nella formazione del consenso*, in A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, pp. 293-295.

²⁰ L. Conte, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 307; T.E. Frosini, *La dimensione costituzionale del consenso popolare*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022, p. 2 ss.

²¹ G. Casaleggio, *Web ergo sum*, Milano, 2004, p. 23. Sulla stessa linea di pensiero si pone il presidente dell’Associazione Rousseau, Davide Casaleggio, che preconizza la scomparsa del Parlamento (intervista a *La verità*, postata sul Blog delle Stelle il 23 luglio 2018).

distanti dal proprio elettorato o alla proposta di riforma costituzionale dell'art. 71 Cost. volta al rafforzamento dello strumento dell'iniziativa legislativa popolare) ovvero introducono forme di democrazia digitale attraverso il voto elettronico (Finlandia, Gran Bretagna) o formule di co-decisione *online* (Islanda)²², mette in crisi il sistema democratico e pluralistico di formazione dell'opinione pubblica: non più confronto dialettico tra diverse forze politiche, che ha la sua sede naturale nel Parlamento, ma esaltazione di quelle forme di democrazia *in rete* che creano un rapporto diretto tra cittadini e leader politici fondato sulla relazione digitale e rendono ostile la percezione dell'intermediazione dei vettori politici tradizionali (in primis i partiti).

2. La crisi dei partiti e la democrazia disintermediata.

Nel contesto semplificato dell'opinione formatasi nello spazio digitale si insinua la flessione populistica della rappresentanza politica, che elude il fisiologico rapporto tra elettori ed eletti mediato dai partiti politici, il cui collasso registratosi in diverse democrazie europee nel corso degli ultimi quarant'anni ha segnato irreversibilmente la stabilità dei regimi politici, in primis quelli strutturati su forme di governo parlamentari²³.

Con la democrazia algoritmica il principio del *government by discussion*, linfa vitale delle forme di governo a base parlamentare, fatica a essere tenuto saldo ed è messo fortemente in discussione: in un simile contesto prendono forza soluzioni semplicistiche (quali la fuga verso le soluzioni tecnocratiche e burocratiche) e si profila il rischio che, dinanzi alla complessità delle problematiche di governo del mondo contemporaneo insieme con la tendenza del pluralismo politico a polverizzarsi anziché a coalizzarsi, il *government by discussion* possa essere destinato inevitabilmente a scomparire e ad essere sostituito dal

²² R. Montaldo, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, p. 789 ss.

²³ A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, p. 34 ss. L'autore offre un'originale lettura alternativa dei populismi: innanzitutto, ne rifiuta la declinazione al singolare che in via semplicistica accomuni fenomeni tra loro differenti; in secondo luogo, pur muovendo dalla convinzione della rappresentanza come elemento necessario ed essenziale dei regimi democratici, conviene sull'esigenza di rivitalizzare la categoria della rappresentanza politica che non può esaurirsi nella liturgia elettorale; in terzo luogo, intravede nell'incapacità dei partiti politici di assolvere alle plurime istanze di partecipazione democratica, anche attraverso leggi elettorali e nella loro trasformazione in strutture oligarchiche la causa dell'emersione di movimenti che attraverso formule di radicalismo democratico di reminiscenza rousseaviana si pongono quali espressione di una cittadinanza attiva scevra da sovranismo ma declinata attraverso forme di democrazia partecipata o "di prossimità" (ivi, pp. 26-51). Critico nei confronti delle piattaforme deliberative e della tecnodemocrazia, S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 7 ss.

governo delle nuove élites (burocratiche, privatizzate economico-finanziarie o tecnologiche), che si organizzano per la tutela dei propri interessi, i quali oltrepassano l'interesse pubblico, quando non si identificano con esso²⁴.

In Italia, la recente riduzione del numero dei parlamentari²⁵ si collega a quello spirito antiparlamentare che ha animato il M5S sin dalla sua discesa in campo e nasconde, dunque, molto più di quanto non traspaia: essa è punto di approdo, ma anche di accelerazione, del processo di crisi della democrazia rappresentativa che ha nella crisi dei partiti politici la sua espressione più evidente. L'indebolimento della democrazia parlamentare è direttamente proporzionale alla perdita di legittimazione che attanaglia da più di quarant'anni i partiti politici in Italia e che ha prodotto la torsione leaderistica e maggioritaria della forma di governo (lontana dalla logica pluralistica voluta dall'Assemblea Costituente e basata non sull'adesione agli interessi politici dei corpi intermedi ma sulla fiducia nel capo-dominus del processo plebiscitario di formazione del consenso) e l'inversione del rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, quest'ultima non più complementare alla prima, ma alternativa.

Sui partiti politici, e sulla loro crisi, molto è stato detto²⁶. A seguito della profonda trasformazione del tessuto politico mondiale connessa alla caduta del muro di Berlino (1989), che ha portato con sé la fine delle grandi ideologie politiche europee (con conseguente livellamento dell'offerta politica seguito della polverizzazione identitaria) e al riassetto degli equilibri geopolitici mondiali, in alcuni paesi europei (come Italia, Francia, Spagna) partiti e movimenti a forte caratterizzazione leaderistica, in cui i parlamentari godono di scarsa autonomia e di insufficiente collegamento con i rappresentanti, hanno eroso spazio ai partiti politici tradizionali, intesi quale cinghia di trasmissione tra la società civile e le istituzioni. La deriva verticistica e leaderistica della forma di governo è molto

²⁴ M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, p. 65 ss.

²⁵ Il 20 e 21 settembre 2020 si è svolto in Italia il referendum che ha completato l'iter di formazione della legge costituzionale n. 1 del 2020, che ha portato il numero dei parlamentari elettivi da 915 a 600, riducendo così la consistenza del Parlamento di un terzo: la legge costituzionale in ultima lettura è stata approvata quasi all'unanimità da tutte le forze politiche, sebbene nelle prime tre letture i partiti di sinistra avessero respinto il progetto di revisione costituzionale. Infatti, analizzando le quattro letture, solo nell'ultimo voto alla Camera si è raggiunta la maggioranza plebiscitaria dei 553 voti favorevoli, esito collegato all'accordo politico del Governo Conte II tra M5S-PD e LeU, che ha determinato, per un presunto *principio di lealtà* dovuto al cambio di maggioranza governativa, lo spostamento dei voti dei deputati PD-LeU, mentre nelle precedenti tre letture si era raggiunta solo la soglia della maggioranza assoluta, a causa dei voti contrari degli stessi parlamentari PD-LeU.

²⁶ A titolo meramente esemplificativo, E. Guglielminetti, *Che cos'è un partito politico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, 179; S. Illari e L. Elia, *Elezioni e partiti politici in Italia: introduzione*, in *il Politico*, n. 1/2009, p. 15 ss.

evidente in Italia rispetto ad altre democrazie, dove si registra una maggiore tenuta delle istituzioni: si pensi al ruolo di contrappeso svolto dal Congresso rispetto al Presidente Trump oppure al Parlamento britannico che ha difeso le sue prerogative costituzionali nella vicenda della Brexit, o al Parlamento quale luogo della mediazione politica come nel caso della stipula degli accordi di coalizione in Germania e in Spagna. Al contrario, in Italia la crisi dei partiti politici come corpi intermedi e la convinzione politica che la governabilità debba prevalere sul principio rappresentativo hanno insinuato nell'opinione pubblica l'idea che il Parlamento sia un organo di cui poter fare a meno²⁷.

La crisi di rappresentatività dei partiti si colloca, dunque, nell'ambito di un movimento tellurico che ha scosso dalle fondamenta i pilastri su cui si è basata la democrazia parlamentare nei sistemi giuridici contemporanei: il principio rappresentativo e il pluralismo politico.

Questo processo, che non è solo italiano, ha determinato un progressivo scollamento dei partiti tradizionali dalla società civile, tradendone l'originaria vocazione costituzionale: a differenza di altre democrazie costituzionali che hanno optato per l'istituzionalizzazione dei partiti politici (per l'art. 21 della Costituzione tedesca i partiti sono istituzioni a fondazione libera «che concorrono alla formazione della volontà politica del popolo»), la scelta costituente italiana ha collocato il partito politico nella società civile rendendolo uno strumento nelle mani del cittadino per la realizzazione di fini politici di rilievo nazionale. Emblematica, in tal senso, la limpida formulazione dell'art. 49 della Costituzione italiana, per il quale «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti politici per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

È nella crisi dei partiti e dei loro eletti, che hanno smesso di essere in grado di farsi interpreti delle istanze sociali, che vanno ricercate le cause della crisi della democrazia italiana, che tuttavia è specchio impietoso della perdita dell'identità ideologica dei partiti tradizionali (dal crollo del muro di Berlino, che ha segnato la fine della guerra fredda e dei regimi comunisti, al fallimento della costruzione europea, che ha alimentato, da un lato, spinte neo-liberiste abbracciate anche dai partiti di sinistra e, dall'altro, il radicarsi di istanze sovraniste, fenomeno questo accelerato dalla crisi economica globale esplosa nel 2008 e dalla successiva crisi pandemica).

La ricerca di formule di semplificazione della rappresentanza politica attraverso leggi

²⁷ M. Volpi, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 74-75.

elettorali a tendenza maggioritaria, che completano la raffigurazione di una democrazia di investitura a trazione leaderistica, ha prodotto un progressivo livellamento dell'offerta politica, che ha tracciato un solco sempre più profondo tra società civile e corpi intermedi, incapaci di farsi interpreti di una particolare visione dell'interesse generale attraverso la mediazione degli interessi contrapposti²⁸. La delegittimazione del ruolo dei partiti politici, non più in grado di determinare l'indirizzo politico legislativo, compromette la stabilità del sistema costituzionale²⁹ e lascia spazio aperto all'approccio populista della *politics of immediacy* e *of identity* che si esprime con il ricorso all'appello diretto al popolo, realizzato attraverso l'uso frequente al referendum come fonte del potere da contrapporre al Parlamento e alle minoranze ivi rappresentate (cd. "*extreme majoritarianism*")³⁰.

Un processo di disintermediazione che è stato per certi versi anticipato, accelerato e favorito dallo sviluppo di nuove forme di partecipazione o di cittadinanza attiva che si sono realizzate a partire dagli anni novanta, come forma di semplificazione dell'azione amministrativa attraverso l'uso delle nuove tecnologie: si allude al processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione a partire dalle prime forme di *e-government* per il potenziamento delle funzioni amministrative (si pensi allo SPID, alla tessera sanitaria elettronica, al cassetto fiscale digitale ecc.) sino a giungere in tempi più recenti al processo telematico, alle nuove opportunità offerte dalla transizione digitale così come previsto nella missione 1 del PNRR che ha come obiettivo di creare uno spazio dati comune europeo mettendo in pratica il principio *una tantum* o *once only* secondo il quale i cittadini forniranno una sola volta i propri dati alle pubbliche autorità, che potranno

²⁸ A. Ruggeri, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *federalismi.it*, 22/2017, 2 ss.; F. Gallo, *Democrazia 4.0. La costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, spec. p. 491 ss.

²⁹ S. Gambino, *Popolo e democrazia (sotto scacco), fra partiti politici in crisi e populismi*, in *DPER online*, n. 1/2020, pp. 11-15; I. Lagrotta, *Quale riforma per i partiti? Riflessioni per un recupero di credibilità e di legittimazione per il sistema politico italiano*, in *Federalismi.it*, n. 21/2020, p. 204 ss.

³⁰ G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura contestualizzata dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, n.3/20. 20, p. 3961 ss. L'autore individua quattro elementi sintomatici della retorica populista impiegati per demolire la democrazia costituzionale: "1) la concezione riduttiva (se non 'riduzionistica') del complesso concetto di democrazia, intesa dai populistici come mera regola della maggioranza; 2) la tendenza a rappresentare la volontà popolare come fonte assoluta della verità politica e giuridica e come concetto non mediabile; 3) la contrapposizione fra la 'maggioranza' e gli 'altri' (le minoranze), spesso descritti in termini di élite corrotte; 4) l'uso della democrazia come 'asso' che prevale sugli altri principi costituzionali" (ivi, 3962-3963). Al netto della considerazione che il fenomeno populista ha una sua complessità che poco si adatta ad essere ridotta esclusivamente ad una dittatura della maggioranza popolare: esso può articolarsi in una serie di regole e procedure di partecipazione che corrono parallelamente alle regole e procedure della democrazia rappresentativa, concorrendo alla rappresentazione di istanze non necessariamente di dimensione locale, come le questioni alimentari, ambientali, energetiche e sociali (A. Lucarelli, *Populismi*, cit., Napoli, 2020, pp. 51-52).

scambiarsi su richiesta dell'utente dati, documenti e procedure connesse³¹.

Questo non significa che la digitalizzazione della pubblica amministrazione abbia favorito la disintermediazione politica, trattandosi di un processo di aggiornamento dell'azione amministrativa necessario per garantire alti coefficienti di efficienza ed economicità e che appare ineludibile in un'epoca in cui la tecnologia assiste settori sempre più ampi dell'azione amministrativa.

Per un verso, infatti, l'erogazione dei servizi pubblici amministrativi *technology based* (dal fascicolo sanitario elettronico all'anagrafe digitale, e così via) sono un utile strumento di sviluppo di quella che potremmo modernamente definire *cittadinanza digitale*: essa si sostanzia in un ampio coinvolgimento dei cittadini, pur mantenendo un andamento *top-down*, e trova nella lotta al *digital divide* (o analfabetismo digitale) uno dei suoi fondamentali presupposti e nel suo superamento uno degli obiettivi strategici delle future politiche pubbliche statali/europee, al pari di ciò che l'alfabetizzazione del secondo dopoguerra rappresentò, in termini di sviluppo sociale culturale e democratico per il nostro paese. Mentre, nel passaggio dall'*e-government* all'*e-democracy*, la cittadinanza digitale assume (almeno apparentemente) la struttura *bottom-up* tipica delle democrazie tradizionali (*rectius*: reali) ma ricorrendo all'imponente impiego della deliberazione online veicolata attraverso i social network: a differenza dell'*e-government*, nel quale le nuove tecnologie restano strumenti a supporto dell'azione di governo, nella *e-democracy* la digitalizzazione ha mutato la percezione degli individui verso le nuove tecnologie, che sono ormai considerate parte dei processi decisionali fino a condizionarli ed è in questo passaggio di natura delle nuove tecnologie, da mero supporto tecnologico dell'azione amministrativa a co-artefice della decisione politica, che si cela l'insidia per la quale si pone la delicata questione del rapporto tra modalità di formazione del consenso, impatto delle tecniche di profilazione algoritmica e proprietà privata delle piattaforme telematiche. Per altro verso, l'alfabetizzazione digitale oggi più che mai assume contorni rilevanti in relazione alla capacità dei cittadini (di tutti, inclusi i cd. nativi digitali, per non parlare dei cc.dd. *boomers* e alla *generazione Z*) di entrare in *equa* relazione con le piattaforme che offrono contenuti più svariati (politici, culturali, religiosi, economici, artistici, sociali ecc.) e fanno circolare gratuitamente un'imponente mole di informazioni che, se profilate mediante meccanismi di tipo predittivo e aggregativo, come lo sono gli algoritmi

³¹ C. Limiti, *La digitalizzazione della Pubblica amministrazione e il PNRR*, in *iusinitinere.it*, 15 dicembre 2022.

computazionali costruiti sulla base di parametri predeterminati (cd. *microtargeting*: numero di *link* di ingresso, corrispondenza tra termini ricavati e termini inclusi nei documenti, prestazioni tecniche dei siti, serie storica delle ricerche dell'utente e così via), finiscono con l'essere selezionate da filtri che inevitabilmente comprimono lo spazio di libertà e consapevolezza dei cittadini che si illudono di operare scelte senza il filtro dei movimenti e partiti politici post-ideologici, ma che in realtà sono intermedie proprio dalle piattaforme algoritmiche³².

Il rischio di una simile sostituzione della piattaforma ai tradizionali canali di formazione del consenso (partiti e media tradizionali, TV, carta stampata, radio) tributari, in regime concorrenziale, del principio pluralistico, assume aspetti molto delicati quando ci si addentra nell'ambito della formazione del consenso politico, che trova il suo epilogo naturale nell'esercizio del diritto di voto: qui l'avvento delle nuove tecnologie (intendendosi per tali i *social network*, da *Facebook* a *YouTube*, *Instagram*, *Telegram*, *WhatsApp*; i *forum* o i *blog*; i motori di ricerca e quanto ancora potrà vedere la luce) ha dimostrato di impattare sui meccanismi di formazione del consenso politico in recenti campagne elettorali.

I casi più eclatanti sono stati connessi alla disinformazione *on line* e agli effetti di interferenza delle *fake* o *trash news* nelle campagne elettorali o in senso più ampio in vere e proprie campagne politiche: si allude allo scandalo *Facebook-Cambridge Analitica* e alle manipolazioni delle campagne elettorali di Barak Obama, di Donald Trump e della Brexit tramite le notizie diffuse sui social media³³; all'azione degli *hacker* russi nella campagna elettorale americana del 2016; al referendum costituzionale italiano del 2016 ma ancor di

³² C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, pp. 101-130

³³ Le vicende di condizionamento della politica da parte dei social, a partire dalle elezioni di Obama e di Trump e alla vicenda dell'oscuramento della pagina Facebook di Trump, hanno spinto Facebook a istituire un Comitato di controllo (Oversight Board, cui è dedicato un sito [oversightboard.com](https://www.oversightboard.com)), una vera e propria giurisdizione privata, al fine di proporre decisioni in merito al rispetto della libertà di espressione da parte di misure di sospensione degli account o di rimozione di contenuti, potendole confermare o revocare. Il "Tribunale di Facebook" è composto rispettando una pluralità di fattori di ordine territoriale, sociale, culturale e professionale. Lo scopo è quello di creare un corpus di precedenti, ancorando le decisioni non alle normative statali, ma a standard regolativi internazionali, nonché alle norme di condotta interne alla Community. La creazione di questa forma di mediazione può considerarsi un miglioramento rispetto alle pratiche opache precedenti, sebbene non siano superati i rischi connessi alla privatizzazione della giustizia digitale su scala globale, come riferito dalla Vicepresidente del Garante per la Protezione dei dati personali, G. Cerrina Feroni, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (Key4Biz, 16 febbraio 2021), reperibile su www.garanteprivacy.it. Sulla Corte suprema di Facebook si rinvia a S. Pelleriti, *La governance privata di Facebook e la presa di coscienza del regolatore europeo: qualcosa sta cambiando?*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2021, pp. 428-444; A. Iannotti della Valle, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'Oversight board di Facebook*, in *Federalismi.it*, n. 26/2021, pp. 144-167.

più alle elezioni politiche del 2018 dominate dai *social network*; per giungere al noto caso del genocidio del Myanmar provocato dalla creazione da parte del governo militare di profili falsi su *Facebook* (chiamata a rispondere dell'accaduto con conseguente chiusura di svariati profili non veritieri) intestati a personaggi famosi con lo scopo di diffondere *fake news* volte a generare una reazione violenta contro le minoranze islamiche. In tali contesti siamo, dunque, fuori dai casi di tecnologie che sono di supporto alla decisione, ossia applicazioni tecnologiche che offrono un corredo di informazioni che fungono da base della decisione che scaturisce da una sorta di integrazione uomo-macchina³⁴: qui siamo al cospetto di casi molto rischiosi per la tenuta degli assetti democratici contemporanei nei quali le nuove tecnologie sono in grado di influenzare, se non proprio manipolare, la formazione del consenso politico dei cittadini grazie alla disponibilità in rete di una incredibile mole di informazioni che non sono neutre³⁵ essendo prodotte e controllate da piattaforme tecnologiche private appartenenti a poche società commerciali³⁶ che realizzano

³⁴ Un esempio paradigmatico di intelligenza artificiale collaborativa è dato dal caso COMPAS, un software predittivo creato dalla Società californiana Northpoint per calcolare il grado di recidiva al fine di applicare misure alternative alla detenzione o la sospensione condizionale della pena, pena che viene comunque determinata dal giudice sulla base di indicatori algoritmici che predicono il rischio di recidiva. Nella sentenza *Loomis v. State of Wisconsin* (881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), *certiorari denied*, 137 S.Ct. 2290 (2017), la Corte suprema del Wisconsin, nel negare il *certiorari*, ha affermato che il legittimo uso del software è solo un elemento della decisione, che resta ben distinta dal primo. Nella pratica, tuttavia, è noto il grado di incidenza delle informazioni prodotte dal software sulla decisione finale, soprattutto considerato l'impatto sulla responsabilità professionale; di conseguenza, è facile che accada che un mezzo tecnologico nato a supporto della decisione finisca con sostituirla a causa del «plusvalore pratico della decisione automatizzata» (A. Simoncini, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista Aic*, n. 2/2023, p. 13 ss.). Ancora, nell'aprile 2021 il Parlamento finlandese ha convocato in audizione Chat GPT per valutare una scelta di spesa pubblica: interrogata sul se finanziare un farmaco per la cura del tumore o un farmaco che fa vivere i gatti fino a 100 anni, Chat GPT ha optato per sostenere i gatti poiché i gatti sono più numerosi dei malati di cancro, evidenziando in questa risposta tutto il limite esistente tra scelta razionale e scelta ragionevole. Con una decisione del 31 marzo 2023, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha bloccato temporaneamente e formalmente (potendo il blocco essere aggirato attraverso VPN) il trattamento dei dati dei cittadini italiani per violazione da parte della proprietaria Open AI del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali GDPR) dell'UE (sul punto G. Pistorio, *Chat GPT e la sfida della regolamentazione normativa*, in *Lettera AIC*, n. 5/2023).

³⁵ Il tema della neutralità della raccomandazione algoritmica come causa di esclusione dell'*immunity* dei *provider* prevista dalla *section 230* è oggetto di un filone giurisprudenziale che è approdato di recente alla Corte Suprema federale. Nella decisione *Force v. Facebook, Inc.*, 934 F.3d 53 (2nd Cir. 2019), la Corte del Secondo circuito ha ritenuto *Facebook* non responsabile dello *spamming* di contenuti (anche se di sostegno al terrorismo) creati da terzi, distinguendo il contenuto immesso sul *social network* dalla funzione di *provider* (di contrario avviso il Giudice R. Katzman, che pone l'accento sul fatto che lo sviluppo tecnologico della decisione algoritmica ha sostanzialmente trasformato il ruolo dei *provider*, riducendone il tasso di neutralità grazie all'effetto di potenziamento del contenuto attraverso l'algoritmo); nelle due decisioni *Gonzales v. Google* e *Twitter, Inc v. Taamneh*, decise entrambe il 18 maggio 2023, la Corte Suprema federale ha confermato le conclusioni della giurisprudenza statale stabilendo che allo stato attuale la raccomandazione algoritmica non è condizione sufficiente a fondare la responsabilità civile del *provider*.

³⁶ All'inizio del nuovo millennio l'avvento dei social media era stato avvertito come una grande opportunità, ma progressivamente è andato emergendo il controllo monopolistico dei *Big Five* (*Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft e Facebook*) che ha prodotto la privatizzazione di fatto dei mezzi di partecipazione democratica attraverso la rete (A. Lucarelli, *Populismi*, cit., p. 130).

immensi profili grazie alla raccolta, elaborazione e vendita dei dati personali e alla pubblicità *online*. E non è un caso che a livello europeo nel 2016 è stato approvato il Regolamento UE n. 2016/679 sulla Protezione dei dati personali (GDPR) che dedica particolare attenzione alla raccomandazione algoritmica ancorandola a una serie di principi (in particolare gli artt. 5 e 6 del GDPR) volti a garantire il principio di eguaglianza e non discriminazione e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dalle possibili lesioni nel trattamento e dei dati personali da parte delle piattaforme *social*. Va sottolineato che la disciplina europea sul trattamento dei dati personali è oggetto di un approccio *rights based* che si è progressivamente imposto nell'ambito dell'UE: si registra infatti, un primo approccio sostanzialmente individualistico di tutela della libertà di azione su Internet con la Direttiva sull'*e-commerce* n. 2001/31/CE, che preservava anche la sfera di libera iniziativa economica degli *Internet provider* attraverso l'irresponsabilità degli intermediari digitali, secondo un approccio liberista analogo a quello statunitense (si rammenta la famosissima clausola *del buon samaritano* contenuta nella *section 230 del Title 47 dello Us Code (Communication Decency Act del 1996)*, sino all'adozione del Regolamento UE GDPR del 2016, che accoglie definitivamente l'approccio di tipo garantista di tutela dei diritti fondamentali e dunque anche i diritti fondamentali dell'utente rispetto alla coercizione algoritmica. Si spiega, dunque, nell'ottica di tale evoluzione l'approccio etico dell'Unione europea alla disciplina sull'uso dell'intelligenza artificiale e della raccomandazione algoritmica, quando essa è potenzialmente rivolta a condizionare le scelte dell'utente, presente anche nella proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'AI) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione³⁷.

È chiaro che il mito della disintermediazione politica che poggia sulla crisi della rappresentanza e sull'aspirazione a formule di democrazia sganciate dai canali tradizionali di veicolazione del consenso politico, ha costituito il terreno fecondo su cui queste “spinte gentili”³⁸, ma non per questo meno pericolose per la libera determinazione individuale, possono proliferare.

³⁷ Sul modello europeo e statunitense dell'impianto normativo che disciplina l'*agorà* digitale si rinvia alla puntuale analisi L. Fabiano, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, intervento al XVII Colloquio AIDC, Bari-Taranto 25-27 maggio 2023 in corso di stampa in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2023.

³⁸ La teoria della spinta gentile, o “paternalismo libertario”, per indurre i cittadini a compiere scelte giuste è stata coniata da R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014.

L'Italia rappresenta un caso emblematico, non solo per l'impatto delle nuove tecnologie sulle recenti campagne elettorali e sulla formazione e affermazione di nuovi movimenti politici (si pensi alla piattaforma Rousseau del Movimento Cinque Stelle sulla cui trasparenza e metodo democratico si è discusso a lungo) ma anche per la convinzione che la causa della crisi del sistema politico italiano sia da ascrivere alla formula elettorale prescelta: essa va piuttosto collegata al processo di trasformazione della forma di governo parlamentare con innesti di cripto-formule di presidenzializzazione che si è realizzato *a Costituzione invariata* con il passaggio dalle leggi elettorali proporzionali alle leggi elettorali maggioritarie degli anni novanta sino alla novella del 2017 (legge Rosato Bis) e del 2019 (legge Rosato Ter), passando per la Legge Calderoli e l'Italicum, dichiarate parzialmente incostituzionali (con le sentenze n. 1/2014 e 35/2017 della Corte costituzionale). La scelta prima in favore di un sistema elettorale misto a tendenza maggioritaria nel 1993 (leggi nn. 276 e 277 del 4 agosto 1993, cd. riforma Mattarella), poi di un sistema (apparentemente) proporzionale con premio di maggioranza nel 2005 (la citata legge n. 270/2005) e di un sistema misto rovesciato rispetto a quello disciplinato dalla legge Mattarella con la legge Rosato bis n. 165 del 3 novembre 2017 (poi adattata alla riduzione dei parlamentari con legge n. 52 del 2019) hanno determinato uno slittamento della forma di governo reale dal modello parlamentare prefigurato dalla Costituzione, dando vita ad una presidenzializzazione strisciante dell'esecutivo, che aspira a omologarsi a quel modello di democrazia definito da Maurice Duverger³⁹ come democrazia immediata⁴⁰, in quanto l'elettore con il suo voto sceglie senza vie traverse il capo del governo che è il leader del partito che ha vinto le elezioni. Anche i tentativi, successivi alla revisione costituzionale che ha ridotto il numero dei parlamentari di un terzo (l. cost. n. 1/2020) deve essere letta come l'epilogo di un processo volto a trasferire il centro politico della decisione dal Parlamento al Governo, e al suo Capo, con conseguente marginalizzazione del primo: ed è prova del progressivo svuotamento del principio del pluralismo politico la circostanza che le pulsioni maggioritarie costituiscono un obiettivo

³⁹ M. Duverger, *I sistemi politici*, Bari-Roma, 1978; trad. it., *Institutions politiques et droit constitutionnel. I. Les grands systèmes politiques* (1955). L'autore distingue tra sistemi a "parlamentarismo maggioritario" fondati su due partiti nei quali sono gli stessi elettori a scegliere il governo secondo un modello democratico diretto, nel senso moderno del termine, e sistemi a "parlamentarismo non maggioritario" fondati su più di due partiti, nei quali il governo è normalmente formato da coalizioni fatte e disfatte dagli eletti e dunque si è al cospetto di "democrazie mediate" (op. cit., pp. 114-115).

⁴⁰ Per una ricostruzione della teoria di Maurice Duverger attraverso la lente della dottrina italiana A. Campati, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, in *Teoria politica. Nuova serie Annali* [Online], n. 10/2020, p. 297 ss.

comune di tutti gli schieramenti politici fluidi e deideologizzati, convinti che la scelta democratica possa risolversi in un *click* indotto da un'abile manipolazione mediatica e immediata del consenso delle masse al proprio leader-portavoce di turno, scontando in tal modo l'assenza di una prospettiva politica di lunga gittata⁴¹. Questo criticabile uso congiunturale della revisione costituzionale appare "frutto di una cultura istituzionale, assai diffusa, volta semplicisticamente a metter mano alle istituzioni da parte di forze politiche che nel tempo hanno perso per strada consensi ed interesse da parte degli elettori"⁴². E deve far riflettere sulla ratio che ha ispirato la riforma: essa nasce come processo riformatore di uno dei partiti dell'allora, il Movimento Cinque Stelle, che ha avuto sempre come obiettivo più o meno espresso, a seconda della congiuntura politica in cui si è trovato ad operare (come opposizione o come forza di maggioranza relativa in unione con la Lega prima e con PD-LeU-IV, poi), quello di scardinare la democrazia rappresentativa espressa da una *casta* da eliminare, a vantaggio di una democrazia diretta e disintermediata grazie all'impiego delle nuove tecnologie. Anche qui, dunque, si è consumato il mito della contrapposizione popolo/élite.

La crisi della democrazia parlamentare, che ha la sua causa nella crisi della rappresentanza e nella disaffezione politica di strati sempre più ampi della società civile (ne è conferma il crescente astensionismo delle ultime tornate elettorali, sia a livello nazionale che a livello locale) e che non ha mancato di manifestarsi anche in presenza di governi maggioritari caduti prima della fine della legislatura (ad es. il Governo Berlusconi 2008/2011), non è un tratto caratteristico solo del sistema politico italiano, ma accomuna vari Paesi, come Francia, Spagna, Belgio, Paesi Bassi e Germania, Regno Unito, Norvegia, Svizzera e Stati Uniti, ma un tratto legato dalla tendenza a preferire al regime democratico il governo di un "uomo forte che non deve preoccuparsi del Parlamento e delle elezioni" o di tecnici⁴³, evidenziandosi la sfiducia della società civile nei pilastri della democrazia liberale: principio rappresentativo ed elezioni.

Questa carenza ormai strutturale di organismi capaci di mettere in connessione il corpo

⁴¹ Per una disamina dell'impatto della riduzione del numero dei parlamentari sul sistema politico italiano si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *Il "taglio" dei parlamentari e il fine della "quality over quantity": tanto rumore per nulla*, in *DPE Rassegna online* (Focus -Referendum costituzionale), n. 1/2020, p. 1 ss.; M. Calamo Specchia, *Il "giorno dopo referendum 2020". Riduzione del numero dei parlamentari, rappresentatività e legge elettorale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2021, p. 138 ss.

⁴² M. Siclari, *Taglio dei parlamentari. Accolgo l'appello. I tre motivi perché voto no*, in *huffingtonpost.it*, del 12.8.202

⁴³ M. Volpi, *La crisi del modello maggioritario tra sistemi elettorali e forme di governo*, in *Teoria politica. Nuova serie Annali Online*, n. 8/2018, pp. 184-185.

istituzionale e il corpo sociale ha costituito l'*humus* per lo sviluppo di nuove tendenze comunicative tra cittadini e istituzioni, basate su piattaforme digitali attraverso le quali condividere contenuti costituzionalmente rilevanti e realizzare così nuove forme partecipative che si muovono al di fuori del circuito rappresentativo.

3. Resistenze costituzionali e populismo digitale.

La rottura del dialogo tra i partiti politici e la loro *base sociale-territoriale* favorisce la sua sostituzione con la relazione tra l'utente e la rete *falsamente* globale costituita dalle piattaforme sociali, che rappresentano il terreno più fecondo per lo sviluppo del populismo digitale: la crisi della rappresentanza, infatti, induce un radicale processo di ripensamento delle categorie sulle quali si fonda la democrazia costituzionale, così come concepita alla fine della Seconda Guerra Mondiale. La sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative comporta il ricorso frequente agli istituti classici della democrazia diretta – tra i quali il referendum continua a svolgere un ruolo privilegiato – nonché a forme di partecipazione dei cittadini all'adozione di decisioni tramite discussioni pubbliche, o con effetto pubblicistico perché veicolate da piattaforme private.

Anche il fenomeno dei c.d. populismi digitali si colloca in tale complesso contesto, intendendo per tale quelle forme di adattamento della politica post-ideologica all'avvento del digitale: questo fenomeno, che da taluni è posto in stretta connessione etiologica con la crisi ideologica, va letto alla luce della trasformazione radicale del sistema partitico tradizionale e della crisi del 2008 che è stata politicizzata attraverso forze (populiste, per l'appunto) che hanno polarizzato la diffusione di sentimenti tra loro in conflitto, facendo della Rete il loro campo di battaglia e il principale strumento di comunicazione e legittimazione sociale (cd. *platform leadership*). Questo processo di polarizzazione, personalizzazione e *piattaformizzazione* della politica presenta indubbie criticità in relazione alla libera formazione del consenso dei cittadini⁴⁴.

⁴⁴ I populismi digitali sono classificati a seconda delle tendenze e dei valori propugnati. Si distinguono in: *right-wing populism* (populismo escludente) che difende valori etnico-nazionalistici; *left-wing populism* (populismo includente) che propone una lettura dei conflitti in chiave socio-economica; *valence populism* (populismo ibrido), che utilizza entrambe le categorie valoriali. Le altre caratteristiche dei populismi digitali possono individuarsi nel leaderismo, nel linguaggio provocatorio e aggressivo, nel rapporto interpersonale del leader con la base degli utenti social attraverso immagini e video, nel richiamo alla partecipazione come una sorta di neo-appello al popolo; nell'utilizzo di *software* per il *micro-targeting* e l'analisi dei *Big-Data* (M. Giardello, *Populismi digitali al tempo del Covid-19*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 2/2021, pp. 346-347).

La libertà di opinione e di manifestazione del pensiero rivestono, insieme alla partecipazione politica, una posizione centrale nelle attuali società democratiche in quanto si tratta di libertà fondamentali di per sé e in collegamento con molti dei diritti e libertà che ricevono tutela costituzionale.

Si tratta di libertà che necessitano di essere bilanciate con altrettanti diritti fondamentali e, in relazione a questi, possono essere soggette a restrizioni dovute all'esigenza di prevenire abusi. Fra i nuovi diritti fondamentali che sembrano affermarsi in connessione con l'evoluzione tecnologica digitale vi sono quelli che attengono alla necessità di garantire individui e comunità dalle minacce che originano dalla diffusione dell'uso stesso delle nuove tecnologie (il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all'oblio, il diritto a non essere oggetto di decisioni automatizzate o diritto fondamentale a non essere *colpiti* da decisioni *esclusivamente* algoritmiche, che sta emergendo di recente di fronte all'uso degli algoritmi come base di decisioni amministrative pregiudizievoli).

D'altra parte, costituisce un diritto fondamentale, a fronte della diffusione dell'uso del mezzo telematico per la soddisfazione degli stessi diritti fondamentali (l'istruzione attraverso la DAD, la prenotazione on line di servizi sociali sanitari o di altro genere, ecc.) lo stesso diritto di accesso ad Internet⁴⁵, costituendo una forma di discriminazione il c.d.

Sulla funzione di polarizzazione dell'opinione pubblica tipica dei populismi digitali, C. Mariotti, *Tra polarizzazione e populismo. Il ruolo della comunicazione politica*, in *Comunicazione politica*, n. 1/2022, pp.39-61; sul populismo digitale come "stile politico", M. Barberis, *Dal populismo digitale si guarisce? Tre possibili rimedi*, in *Ragion pratica*, n. 1/2020, pp. 9-30.

⁴⁵ La problematica dell'accesso ad Internet di tipo aperto, equo e inclusivo volto a contrastare il *digital divide* è stato oggetto tanto di misure normative a livello sovranazionale (Regolamento (UE) 2015/2120 sulle misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, che modifica la direttiva 2002/22/CE e il regolamento (UE) 531/2012, con il quale all'art. 1 «definisce norme comuni per garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso ad Internet e tutelare i relativi diritti degli utenti finali») e internazionale» (Risoluzione ONU A/HCR/20/L.13, ove sono delineati il principio di eguale accesso a Internet e la natura globale e aperta della Rete), quanto di specifiche disposizioni costituzionali (ad es. l'art. 5bis della Costituzione greca, introdotto con revisione del 2001; come pure art. 30 Cost. Paraguay, art. 5, comma 72, Cost. Brasile, art. 182, comma 2, Cost. Honduras, art. 16, comma 2, Cost. Ecuador, art. 108 Cost. Venezuela), di leggi ad hoc (Estonia con il *Telecommunication Act* del 2000, Spagna con la *Ley de Economía sostenible* del 2011, Finlandia con il *Communication Market Act* del 2009) e di progetti di revisione costituzionale (si pensi alla proposta di revisione della Costituzione italiana di Stefano Rodotà che introduceva l'art. 21bis, disciplinante la parità di accesso alla rete e il divieto di violazione dei diritti fondamentali; o analoga proposta emendativa dell'articolo 21 Cost. di Gaetano Azzariti; tali proposte sono state poi trasfuse in proposte formali di revisione costituzionale, la Proposta di legge AC n. 1136 presentata il 4 settembre 2018 e la Proposta di legge AC n. 2769 presentata il 5 novembre 2020). Sotto il profilo della giurisprudenza costituzionale nazionale, mentre la Corte costituzionale italiana configura l'accesso alla rete non come un diritto sociale ma come un servizio universale quale presupposto per la promozione della cultura ex art. 9 Cost. (Corte cost., sent. n. 307 del 2004), e focalizza l'attenzione sulle condizioni di fornitura del servizio che vanno ispirate al principio della concorrenza (Corte cost. sent. n. 246 del 2020), il Consiglio costituzionale francese con la decisione n. 2009-580 DC- 10 giugno 2009, utilizzando come parametro l'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ha affermato che « eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la

digital divide (l'esclusione dall'accesso libero ad *Internet* per varie ragioni, quali a titolo esemplificativo: carenze infrastrutturali, difficoltà economiche individuali; deficit di alfabetizzazione dell'individuo, privo delle conoscenze informatiche sufficienti per interfacciarsi con un computer e altre condizioni di *vulnerabilità digitale*). Il mezzo telematico è stato centrale anche nella costruzione di nuovi movimenti politici che hanno raccolto consensi soprattutto utilizzando lo strumento digitale e bypassando spesso i tradizionali canali di comunicazione vissuti probabilmente come maggiormente corruttibili e inaffidabili: fra i cc.dd. *digital parties*⁴⁶ si pensi ai casi dei vari *partiti pirata* (come quelli sorti ad es. in Germania, in Repubblica Ceca, in Islanda e in Svezia), al Movimento Cinque Stelle in Italia dal 2013 in poi, alla stessa creazione di *La France Insoumise* o di *La République en Marche* e della stessa candidatura Macron fra il 2016 ed il 2017 in Francia. La caratteristica peculiare di alcuni di questi fenomeni risiede nell'idea che l'evoluzione digitale costituisca la premessa tecnica per rivitalizzare la democrazia rappresentativa ponendo le condizioni per una democrazia diretta che in anni passati era tecnicamente impossibile, arrivando ad ipotizzare un'inversione logica nei rapporti fra democrazia rappresentativa e democrazia diretta nelle istituzioni democratiche contemporanee. A fronte di tali fermenti iniziali, in anni più recenti, si è tuttavia rivelato necessario valutare il rischio che il canale comunicativo aperto dalle nuove tecnologie digitali abbia favorito l'emersione ed il consolidamento di numerosi movimenti dal carattere populista i quali, attraverso l'uso sapiente delle nuove tecnologie, hanno trovato un modo nuovo di manipolare la formazione e l'espressione del consenso individuale e collettivo.

È, infatti, un dato ormai acclarato dalle riflessioni degli storici e dei politologi che i partiti di massa, il cui avvento ha segnato il passaggio epocale dalla democrazia liberale alla

liberté d'accéder à ces services». Invero, già dalla fine degli anni '90, la Corte Suprema americana nello storico caso *Reno v. American Civil Liberties Union* del 26 giugno 1997 sul divieto della diffusione di materiale pedopornografico contenuto nel *Communication Decency Act* del 1996 configura l'accesso ad Internet come strumento di estensione della personalità. Anche la copiosa riflessione dottrina sul punto oscilla tra la configurazione dell'accesso a Internet come diritto fondamentale o come servizio universale: si rammentano il classico S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995 (ultima edizione 2021, a cura di G. Alpa, M.R. Arella, G. Marini e G. Resta); S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012; T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 1 ss.; G. De Minico, *Internet. Regola e Anarchia*, Napoli, 2012; altresì i contributi di P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana*, in M. Nisticò e P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, pp. 1-52; T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò e P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, cit., pp. 57-69; più di recente, P. Tanzarella, *L'accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, pp. 39-56; M.R. Allegri, *Il diritto di accesso a Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, pp. 57-80; P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *MediaLaws*, n. 3/2021, pp. 1-19.

⁴⁶ P. Gebaudo, *The Digital Party: Political Organization and Online Democracy*, London, 2019, pp. 66-80.

democrazia pluralista, si siano trasformati in oligarchie o, peggio, in centri di potere autoreferenziali, lasciando spazi sempre più ampi alla personalizzazione leaderistica che si fonda più sulla comunicazione, basata sul *marketing* politico, che sull'organizzazione dell'azione politica: in questo contesto la Rete ha rappresentato il terreno adatto per lo sviluppo di queste forme di rappresentazione populista, in cui i partiti, o quel che rimane di essi, essendosi sostanzialmente trasformati in comitati elettorali, tendono a riorganizzarsi intorno a un *leader* o a un candidato. Parallelamente, anche la partecipazione politica *cambia pelle* connotandosi in movimenti destrutturati e rivendicativi: si pensi ai girotondi e alle Sardine in Italia, a *Podemos* in Spagna, a *La France Insoumise* in Francia.

Ed è in questo spazio lasciato vuoto dalle tradizionali cinghie di trasmissione tra la società civile e le istituzioni che si è imposta la Rete come mezzo e come fine: nel primo senso, i *social media* (come *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, i *Blog*) sono uno strumento meccanico, una nuova tecnologia che supporta e integra la decisione che resta umana in ogni suo campo confermando la natura antropocentrica della dimensione politica e sociale, in modo non dissimile da quanto avvenne all'epoca della rivoluzione industriale; nel secondo senso, l'intelligenza algoritmica viene a costituire l'alternativa della decisione politica del circuito rappresentativo realizzando il passaggio dalla natura antropocentrica alla natura cybercentrica della dimensione politica e sociale, con evidenti implicazioni di natura etica e giuridica, che toccano anche il rapporto tra sicurezza, intesa quale sicurezza dello Stato apparato ma anche dello Stato comunità, e garanzie dei diritti, nel duplice profilo individuale (tutela della riservatezza del dato) e collettivo (tutela del bene comune *dati personali*)⁴⁷.

Se la prima alternativa non pone problemi di compatibilità con il portato in termini di diritti e garanzie del costituzionalismo (se non nella misura il cui deve essere preservato il principio della libera formazione del consenso), di certo la seconda alternativa pone qualche interrogativo soprattutto in relazione ai delicati ambiti che l'intelligenza artificiale investe: il principio di autodeterminazione umana, il pluralismo dell'informazione; la trasparenza dei processi decisionali; la libertà di espressione, il principio di eguaglianza e

⁴⁷ Su punto, G. de Vergottini, *Sicurezza e diritti fondamentali*, in L. Efrén Rios Vega, L. Scaffardi e I. Spigno (a cura di), *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, Napoli, 2021, pp. 13-41; ma anche L. Scaffardi, *Next generatio Prüm: l'Unione Europea e la raccolta dati tra esigenze securitarie e diritti dei cittadini*, in L. Efrén Rios Vega, L. Scaffardi e I. Spigno (a cura di), *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, cit. pp. 43-76.

di non discriminazione (esiste il rischio concreto di forme di discriminazione di genere⁴⁸, considerato che gli algoritmi, ossia i sistemi di apprendimento dell'IA, sono creati e interpretati da esseri umani e quindi potenzialmente pieni di pregiudizi); i limiti che il costituzionalismo pone nel bilanciamento con i diritti fondamentali alla libertà di iniziativa economica privata (e le piattaforme sono *spazi economici privati*⁴⁹), e altro ancora.

L'impatto delle nuove tecnologie sui processi di formazione della decisione democratica assume, pertanto, un'evidente dimensione costituzionale⁵⁰, potendo mettere in discussione le categorie essenziali del costituzionalismo, in quanto, a fronte di un'apparente maggiore partecipazione alla vita democratica offerta dalle connessioni *alla e nella Rete*, si potrebbe determinare l'effetto di moltiplicare i difetti della *e-democracy* e ciò perché il ricorso a Internet per fini di propaganda politica potenzia la deriva leaderistica e personalistica dei movimenti politici e riduce la capacità di discussione pubblica e di mediazione, di cui luogo privilegiato resta il Parlamento, in quanto la relazione *many to many* tipica della Rete favorisce la polarizzazione dell'arena internauta tra *amici e nemici*, allargando le fratture della società in quanto i gruppi tendono a schierarsi in fazioni mutevoli in relazione all'oggetto dello scontro e che non dialogano tra loro, vanificando quel virtuoso processo di mediazione politica che consiste, come ci ha insegnato Hans Kelsen⁵¹, nell'ascolto delle ragioni dell'altro, rimeditando le proprie.

In conclusione, l'idea di una democrazia diretta digitale è estranea ai principi che informano la democrazia rappresentativa, introducendo forme più o meno evidenti di mandato imperativo, il cui divieto, com'è noto, segna quello storico passaggio dalla rappresentanza di tipo privatistico-cetuale alla rappresentanza di tipo politico consacrata nella mozione Tayllerand del 4 agosto 1789 e costituisce uno dei portati costituzionali di matrice rivoluzionaria, che qualifica il ruolo del parlamentare quale rappresentante dell'interesse nazionale e non dell'interesse di parte.

Sono, pertanto, ancora oggi suggestive le parole di Carl Schmitt, che, sebbene riferite all'irrompere sulla scena politica del voto segreto, riducendone la valenza pubblicistica e trasformandolo in un fatto privato, denotano l'avversione del giurista tedesco verso ogni

⁴⁸ M. D'Amico, C. Nardocci, *Intelligenza artificiale e discriminazione di genere: rischi e possibili soluzioni*, in G.C. Feroni, C. Fontana e E.C. Raffiotta (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2022., p. 251 ss.

⁴⁹ Si leggano le interessanti riflessioni sulla sorte delle libertà nella sfera del Metaverso di L. Di Majo, *L'art. 2 della Costituzione e il "Metaverso"*, in *MediaLaws*, n. 1/2023, p. 45 ss.

⁵⁰ A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale: una relazione ancora da costruire*, in *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, cit., pp. 9-30.

⁵¹ H. Kelsen, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, *passim*.

forma di canalizzazione artificiale del consenso politico e suonano quanto mai assonanti con le riflessioni sin qui condotte: “un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorre solo darne lettura. Ciò non sarebbe affatto una democrazia particolarmente intensa, ma una prova del fatto che Stato e pubblicità sarebbero totalmente privatizzati. Non vi sarebbe nessuna pubblica opinione, giacché l’opinione così concorde di milioni di privati non dà nessuna pubblica opinione, il risultato è solo una somma di opinioni private...il risultato della somma degli egoismi è un egoismo di più grande dimensione, non la solidarietà necessaria a dare coesione alla società”⁵².

Se, dunque, il progresso è inarrestabile e necessario, urgente è dominarne il processo riducendo l’impatto delle nuove tecnologie sulla dimensione politica attraverso l’individuazione delle modalità di integrazione delle nuove tecnologie nella democrazia costituzionale: un obiettivo complesso perché sfugge ai presupposti tradizionali della produzione normativa, prima fra tutte la dimensione territoriale del diritto che mal si adatta alla regolazione di un fenomeno che per sua natura si muove in uno spazio virtuale, ossia in uno spazio senza confini. Un indizio di ciò emerge dalla difficoltà che incontrano le normative nazionali (i cui effetti sono territorialmente limitati) nello stabilire regole generali, speculari e interterritoriali e la conseguente scelta di alcuni Stati nazionali di prevenire alcuni fenomeni distorsivi collegati ai social network (veri e propri fatti illeciti o diffusione di fake news per motivi elettorali) con l’adozione – più o meno simultanea - di discipline settoriali rivolte ai gestori delle piattaforme digitali, come avvenuto in Francia con la legge n. 2018-1202 - *Loi relative à la lutte contre la manipulation de la information*, in Germania con la legge sull’*hate speech* tedesca *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) del 2017, che ha indubbiamente ispirato in Italia il disegno di legge per iniziativa dei senatori Zanda e Filippini, e nel Regno Unito con il *Data Protection Act* del 2028 con il quale l’ordinamento britannico si è uniformato alla Direttiva UE n. 2016/280 e agli standard del Regolamento GDPR n. 2016/679 , e con l’adozione nel 2019 del *Code of Practice for Providers of online media platforms* volto a prevenire condotte scorrette non solo da parte dei gestori delle piattaforme di *social network* ma anche da parte di qualsiasi

⁵² C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 322.

sito che ospita contenuti o commenti *user-generated*⁵³.

Per contrastare, infine, la tendenza all'impiego di strumenti di *soft law* da parte dei colossi digitali (si pensi all'autoregolazione delle piattaforme, che stabiliscono regole *commerciali* di utilizzo dei social media che l'utente sottoscrive all'atto dell'iscrizione e la cui inadeguatezza rispetto alla tutela dei diritti fondamentali si è drammaticamente manifestata nella vicenda Cambridge Analitica, e ai meccanismi di co-regolazione, nei quali l'autonomia negoziale dei privati riceve un'impronta imperativa dalla regolazione pubblica, come spesso accade nel mondo anglosassone molto aperto a queste forme di interazione pubblico-privato note come *coerced private regulation*, quando i privati si autoregolano dietro minaccia di intervento legislativo, e *mandated private regulation*, quando lo Stato prevede sanzioni imperative per la violazione di regole imposte dall'autoregolazione) la strategia dell'UE è diretta a promuovere l'istituzione di una vera e propria *sovranità digitale europea*: tale tendenza già presente nel Regolamento europeo GDPR n. 2016/679, il cui art. 22 garantisce il diritto delle persone a non essere sottoposte senza il loro consenso espresso a decisioni che siano effetto esclusivo del trattamento automatizzato dei dati, compresa la profilazione, trova ora nuova linfa nel pacchetto di riforme regolamentari *digitali* (*Digital Service Act* e *Digital Market Act*, proposta di Regolamento sull'IA), affinché si riconduca la protezione dei diritti umani fondamentali dagli abusi dei colossi digitali nell'ambito dell'eteronomia regolativa, che non può ridursi alla mera estensione all'online della disciplina vigente per l'offline. Diversamente si oscillerà inevitabilmente tra un eccesso normativo di uno spazio che molti ancora rivendicano come libero e il vuoto normativo⁵⁴.

Possiamo, pertanto, affermare che stia emergendo un costituzionalismo digitale europeo? Il massiccio impiego delle nuove tecnologie in ambiti dal tenore costituzionale, come la manipolazione dei dati personali a fini profilativi, ha prodotto sovente un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali e una compressione dei valori democratici della dignità, della proporzionalità e del giusto processo, considerato che sovente si tratta di fattispecie anomiche, ossia non disciplinate dal diritto. Il consolidamento della protezione dei dati ad opera della normativa europea ha portato a un'evoluzione del paradigma costituzionale, riconoscendo centralità alla dignità umana contro il trattamento

⁵³ M.R. Allegri, *Oltre la Par Condicio, comunicazione politico elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020, pp. 113-126.

⁵⁴ Per una puntuale disamina dei modelli di regolazione della Rete tra *self-regulation*, *co-regulation* ed *etero-regulation*, G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2013, p. 1 ss.

opaco dei dati personali nelle mani dei grandi oligopolisti digitali, come le piattaforme online, e abbandonando quell'approccio liberale che aveva caratterizzato il mercato del digitale alla fine del XX secolo, teso esclusivamente a proteggere l'innovazione e i *Big Data* come nuova opportunità di crescita economica⁵⁵.

Abstract: Il saggio si propone di analizzare, in primo luogo, se e in che modo la diffusione dei social media sulle piattaforme digitali, intese nuovo spazio di formazione del consenso politico, possa aggravare la già profonda crisi che attanaglia le democrazie rappresentative contemporanee e i partiti politici. In secondo luogo, l'analisi affronterà la questione se sia possibile individuare strumenti generali di regolazione di un fenomeno che ancora oggi è saldamente nelle mani delle *Big Tech* e dominato da forme di autoregolazione privata, che rischiano di comprimere i diritti costituzionali fondamentali.

Abstract: First of all, the essay aims to analyze whether and how the diffusion of social media on digital platform, understood as a new space for the formation of political consensus, can aggravate the already profound crisis gripping contemporary representative democracies and political parties. Secondly, we will reflect on whether it is possible to identify general tools for regulating a phenomenon that is still firmly in the hands of Big Tech Societies and dominated by forms of private self-regulation, which risk compressing fundamental constitutional rights.

Parole chiave: democrazia rappresentativa – partiti politici – crisi – social media – consenso politico.

Key words: representative democracy – political parties – crisis – social media – political consensus.

⁵⁵ G. De Gregorio, *Digital constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, p. 291 ss.

LA RIFORMA DELL'ART. 9 COST.: NESSUNA NOVITÀ PER LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE*.

di Giuseppe Maria Palmieri**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La irrilevanza della riforma dell'art. 9 Cost. in relazione alle esigenze penalistiche. – 3. Beni giuridici collettivi e garanzie costituzionali. – 4. Tentativi di definizione del bene giuridico ambiente. – 4.1. Inafferrabilità del bene ambiente e natura accessoria delle fattispecie incriminatrici. – 5. Ipertrofia penalistica ed ineffettività. La rilevanza penale degli elementi ambientali come strumento di tutela della salute.

247

1. Premessa.

Come noto, nel 2001 viene introdotto un riferimento all'ambiente in Costituzione, nell'ambito della disciplina dell'art. 117, al fine di destinare questa materia alla competenza esclusiva dello Stato.

Nel 2022, il legislatore, modificando per la prima volta i principi fondamentali della Carta costituzionale, sente l'esigenza di inserirvi, mediante una integrazione dell'art. 9 Cost., la tutela espressa dell'ambiente.

Prima di quest'ultima riforma, l'art. 9 Cost., oltre ad affermare la tutela della cultura, della ricerca scientifica e tecnica, nonché del patrimonio storico e artistico della nazione, riconosceva già il paesaggio tra i valori fondamentali della Costituzione.

Tuttavia, la legge cost. n. 1/2022 introduce un terzo comma all'art. 9 Cost. in cui si afferma in maniera esplicita che la Repubblica tutela «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

Al di là delle implicazioni degli altri specifici settori contemplati dall'art. 9, può pacificamente affermarsi, come si propone nelle pagine che seguono, che fin da quando ne è sorta l'esigenza, il concetto di paesaggio è da sempre risultato utile riferimento per l'affermazione della rilevanza costituzionale anche dell'ambiente, alla luce di una lettura sistematica con ulteriori principi sovraordinati, quali, in particolare, gli artt. 2 e 32 Cost.

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore t.d., lett. b) di Diritto penale – Università di Napoli Federico II.

Nonostante la riforma possa apparire connotata da una portata propulsiva verso la tutela dell'ambiente, a ben vedere, con riferimento agli aspetti penalistici, la stessa si presenta priva di effettività.

Le problematiche di tutela penale in materia ineriscono, su tutte, alle difficoltà derivanti dalla vaghezza ed inafferrabilità del bene giuridico di riferimento. Di conseguenza, le relative fattispecie incriminatrici presentano, sovente, imprecisioni in ordine alla descrizione della condotta, dell'offesa, dell'oggetto della tutela, e si caratterizzano per la natura sanzionatoria del precetto che si fonda sulla violazione di indefinite regole amministrative.

Riguardo a tali problematiche, la riforma costituzionale non appare in grado di apportare un contributo utile; piuttosto, come si tenterà di dimostrare, una effettiva tutela dell'ambiente potrebbe derivare dal ricorso ad un uso sussidiario dello strumento penale, riconoscendo la priorità di soluzioni meno simboliche ed emotivamente rassicuranti, ma probabilmente più efficaci.

2. La irrilevanza della riforma dell'art. 9 Cost. in relazione alle esigenze penalistiche.

Non tutto quello che rappresenta un valore costituzionalmente riconosciuto, sia pur tra i principi fondamentali, deve essere necessariamente protetto dal diritto penale¹.

All'esito della riforma dell'art. 9 Cost. torna in rilievo il dibattito sulla configurabilità del bene ambiente come legittimo oggetto di tutela penale².

¹ Per tutti, D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 483 ss.; F.C. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 453 ss.; con specifico riferimento ai temi ambientali, L. Greco, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, in B. Bose e D. Sternberg-Lieben (a cura di), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker&Humblot GmbH, 2009, pp. 3 ss., 10.

² Sul tema della configurabilità del bene giuridico ambiente come legittimo oggetto di tutela penale, note le posizioni di R. Bajno, (voce) *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in Dig. disc. pen., I, Torino 1987, p. 115 ss.; A. Baratta, *Ecologia, economia, democrazia, e il patto sociale della modernità*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, p. 9 ss.; C. Bernasconi, *Reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, Edizioni ETS, 2008, p. 17 ss.; M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, Cedam, 1996, p. 17 ss., 265 ss.; G. Cocco, *Nuovi principi ed attuazione della tutela ambientale tra diritto comunitario e diritto interno*, in Riv. giur. amb., n. 1/1999, p. 1 ss.; G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 41 ss.; W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechts Güterslehre*, in L. Phillips e H. Scholler (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kauffmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Decker u. Müller, 1989, p. 91 ss.; Id., *Umweltschutz durch Strafrecht*, in N. K., Heft I, 1989, p. 46 ss.; E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 238 ss.; J. Luther,

Con l. cost. n. 1/2022 il legislatore italiano, per la prima volta, interviene in modifica – per precisione mediante integrazione additiva – dei principi costituzionali fondamentali³ e, all'interno dell'art. 9, già norma di riferimento per lo specifico settore⁴, introduce in maniera espressa la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni⁵.

Come noto, la riforma del 2022 interviene anche sul secondo comma dell'art. 41 Cost., inserendo tra i vincoli a cui sottoporre il libero esercizio della iniziativa economica privata, la tutela della salute e dell'ambiente⁶.

L'obiettivo del legislatore sembrerebbe quello di destinare una tutela per l'ambiente più incisiva rispetto a quanto avvenuto con la riforma costituzionale del 2001⁷, mediante cui fu sancita, all'art. 117 Cost., per la specifica materia, la riserva di legge dello Stato⁸.

Sia pur dettata da onorevoli intenti, la riforma non è stata accolta da unanime favore da

Antropocentrismo ed egocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia, in Pol. dir., 1989, p. 673 ss.; P. Patrono, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, p. 1147 ss.; F. Ramacci, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2007, p. 6 ss.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Auflage, München C. H. Beck, 2006, p. 18 ss.; per una ricostruzione delle stesse, osservante dei principi penalistici sanciti in Costituzione, sia consentito il rimando a G.M. Palmieri, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 65 ss., 114 ss., 119 ss.

³ Mostra perplessità sulle modalità mediante cui si è proceduto alla riforma della parte della Costituzione relativa ai principi fondamentali, sia pur in un tempo appena precedente alla stessa, tra gli altri, F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9 Cost.*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 1 ss.; sul tema si veda, M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, p. 127 ss., p. 142 ss.

⁴ V. *infra*, par. 3.

⁵ Per una sintetica rassegna delle proposte che hanno preceduto la riforma del 2022, v., R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost., una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/22, p. 187 ss.

⁶ V., C. Sartoretti, *La riforma costituzionale dell'ambiente: un profilo critico*, in Riv. giur. edil., n. 2/2022, p. 119 ss.; sui nuovi rapporti tra gli artt. 9 e 41 Cost., v., P. Brambilla, *L'esigenza di una programmazione generale in senso ambientale nella riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Amb. dir.*, n. 4/2022, p. 1 ss.; sugli stretti rapporti intercorrenti tra la libertà di impresa e la tutela dell'ambiente, in un'ottica di perseguimento di uno "sviluppo sostenibile", già in tempi precedenti alla riforma in esame, v. A. Lucarelli, *La tutela dell'ambiente (art. 37)*, in Id. (a cura di), *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 91 ss., 94 ss.

⁷ Cfr., Dossier 405, 23 giugno 2021 del Servizio Studi delle Camere, "Modifiche agli artt. 9 e 41 Cost., in materia di tutela dell'ambiente – AC 3156", in www.riformeistituzionali.gov.it.

⁸ L. cost. n. 3/2001, Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, in Gazz. uff. n. 248 del 2001; sul tema, E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sugli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 1 ss.; A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, in *Dir. gest. amb.*, n. 2/2002, p. 333 ss.; C. Sartoretti, *La riforma costituzionale dell'ambiente: un profilo critico*, cit., p. 119 ss.; in ordine al disagevole coordinamento tra il contenuto dell'art. 117 Cost. e la nuova formulazione dell'art. 9 Cost., si consideri che la legge del 2022 introduce in quest'ultimo una riserva di legge statale nei confronti della tutela degli animali, laddove, invece, tale materia non risulta tra quelle di competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117 Cost.

parte degli studiosi⁹. Non è isolata la posizione secondo cui si tratterebbe di un'operazione simbolica¹⁰, al più, dalla portata auspicabilmente propulsiva¹¹, ma non piuttosto di una effettiva innovazione sul piano del riconoscimento dei valori fondamentali¹².

Risulta, infatti, tradizionalmente riconosciuta la tutela costituzionale dell'ambiente già dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 32, c. 1, 117, e la precedente stesura dell'art. 9, c. 2 Cost.¹³.

⁹ Per G. Amendola, *L'ambiente in Costituzione. Primi appunti*, in Osservatorioagromafie.it, pp. 1 ss., 2, “questo inserimento della tutela dell'ambiente tra i diritti-doveri costituzionalmente garantiti non sembra affatto inutile. [...] sotto il profilo culturale e politico, aver riconosciuto esplicitamente, oltre al paesaggio, anche l'ambiente come oggetto di tutela costituzionale è certamente opportuno [...] perché colloca con chiarezza il valore ambiente tra i principi fondamentali dello Stato”; laddove, C. Sartoretti, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, cit., pp. 119 ss., 126, parla di “un'operazione di mero *maquillage* normativo”, destinata a svolgere una funzione meramente di facciata, “una romantica dichiarazione priva di effettività”; ancor più, G. Severini e P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in Giustiziainsieme.it, 22 settembre 2021, pp. 1 ss., 1-2, ritengono la riforma persino nociva dal momento che “la normazione iconica è [...] per lo più inutile perché non è corredata da autentiche norme e procedure per dar seguito a quella celebrazione di simboli; e non raramente è anche dannosa, perché genera confusione alterando la preesistente realtà dell'ordinamento. [...] La tutela dell'ambiente possiede già una chiara base costituzionale nella combinazione dell'art. 9 e dell'art. 32”; ed ancora, per R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente, nella modifica degli artt. 9 e 41 cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, cit., pp. 187 ss., 212, la modalità della sua elaborazione crea confusione sul piano dei rapporti tra antropocentrismo e ecocentrismo; sulla inaccogliabilità di una concezione meramente ecocentrica di ambiente, si veda Id., *Il valore costituzionale dell'ambiente*, in Forum Quad. cost., rass., n. 2/2021, p. 445 ss.

¹⁰ Tra gli altri, R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, cit., p. 187 ss.; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in Rass. quad. cost., n. 2/2021, p. 460 ss.; C. Sartoretti, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, cit., p. 119 ss.; G. Severini-P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, cit., pp. 1 ss., 1-2.

¹¹ M. Cecchetti, *Art. 9 cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet Giuridica 2022, pp. 1 ss., 10; F. Cortese, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in Ambientediritto.it, n. 4/2022, p. 1 ss.; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in Dir. econ., n. 1/2022, p. 15 ss., 26 ss., anche in Ambientediritto.it, n. 4/2022, p. 1 ss.; per un auspicio in tal senso ma molto poco fiducioso sugli esiti per via della pregressa esperienza legislativa, culturale, sociale, C. Sartoretti, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, cit., p. 128.

¹² Sul tema, si veda F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, cit., p. 26 ss.; già in un tempo precedente alla riforma costituzionale del 2022, G. Fiandaca, *Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali*, in A. Mannucci e M. Tallacchini (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 87; diversamente, per L. Siracusa, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in Legislaz. pen., 06.06.2023, 1 ss., pp. 4-5, la riforma avrebbe “il merito [...] di aver definitivamente fugato ogni dubbio circa la rilevanza costituzionale del bene ambiente”.

¹³ Per tutti, in questa sede, E. Capaccioli e F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell')*. Parte generale e diritto amministrativo, in Nss. Dig. it., Appendice I, Torino 1980, p. 257 ss.; A. Lucarelli, *Il diritto all'ambiente nella riforma costituzionale tra unità e pluralismo*, cit., p. 333 ss.; M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, 1973, p. 15 ss., 23 ss.; M. Cicala, (voce) *Ambiente (tutela dell')*, *Diritto penale e diritto processuale penale*, in Nss. Dig., I, Torino 1980, p. 265 ss.; R. Bajno, *Ambiente nel diritto penale*, cit., p. 115 ss.; F. Merusi, *Art. 9. Principi generali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975-1996, p. 435 ss.; A. Predieri (voce), *Paesaggio*, in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, p. 503 ss., 507 ss.; Corte cost., sentenza n. 210/1987, in Giur. cost., 1987, I, p. 1577 ss.; Corte cost., sentenza n. 379/1994, in Giur. cost., 1994, III, p. 34 ss.; F. Bricola,

Dal punto di vista penalistico, le modalità di realizzazione della modifica dell'art. 9 non soltanto non risultano utili, quanto, piuttosto svelano e confermano, la principale questione problematica del settore, ossia la difficoltà di definire un afferrabile concetto di bene giuridico ambiente, e di conseguenza la relativa offesa oggetto di incriminazione.

Nel testo dell'art. 9 Cost., infatti, viene inserito l'espresso riferimento all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi: concetti che, già adottati dal legislatore penale e presenti nelle vigenti fattispecie delittuose, hanno creato più di un problema sul piano della certezza della relativa interpretazione ed applicazione¹⁴. In ordine a tali difficoltà, è stato osservato che “i tre soggetti contengono ognuno ‘un mondo’ di difficile definizione, [...] e forse potrebbero essere considerati come una specie di matrioska”¹⁵.

In estrema sintesi, in assenza di un espresso riferimento legislativo, per ambiente può intendersi un'entità tanto vasta, quanto inafferrabile, comprendente l'intero *habitat* in cui e grazie al quale si esplica la vita del genere umano, l'intero complesso di fattori chimici, fisici e biologici, in cui si esplica la vita dell'uomo sul Pianeta terra¹⁶; ed appare evidente che una definizione tanto ampia assorba anche la portata dei concetti di ecosistema e biodiversità.

Tant'è che per biodiversità va intesa la ricchezza di vita sulla terra, i milioni di piante, animali e microrganismi, i geni che essi contengono, i complessi ecosistemi che essi costituiscono nella biosfera¹⁷. Le biodiversità rappresentano la varietà e variabilità degli organismi che, nella loro vita ed evoluzione, compongono ciascun ecosistema.

Ed ogni ecosistema rappresenta una porzione circoscritta di ambiente, una comunità di organismi animali e vegetali – dunque biodiversità –, in cui essi vivono e interagiscono¹⁸.

Esempi di ecosistemi sono un lago, una foresta, una barriera corallina, una riserva naturale. Tutti questi elementi, insieme, formano l'ambiente. La formulazione presentata dal legislatore costituzionale, al fine di proporre una tutela rafforzata dell'ambiente, presenta sovrapposizioni e incertezze concettuali che rischiano di farla apparire “confusa e poco

Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 115 ss.

¹⁴ V. *infra*, par. 3.1.

¹⁵ Così, F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9 Cost.*, cit., p. 4.

¹⁶ Sin da ora, voce *Ambiente*, in *Annuario Europeo dell'Ambiente*, Docter, 1984, p. 19; M. Cecchetti, *Art. 9 cost.*, cit., p. 1 ss., 30 ss.

¹⁷ www.isprambiente.gov.it.

¹⁸ G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., p. 467 ss.; sul punto si veda, www.isprambiente.gov.it.

incisiva”¹⁹.

Come risulta diffusamente acquisito, infatti, “il lemma ‘ambiente’, nel linguaggio delle scienze ecologiche e biologiche (ma anche nel linguaggio della pratica giuridica normativa, giurisprudenziale e dottrinale), è considerato solitamente idoneo di per sé a comprendere [...] la pluralità di tutti gli “ecosistemi”, all’interno dei quali si sviluppano gli elementi della “biodiversità”²⁰.

Come si tenterà di dimostrare più avanti, il nuovo contenuto dell’art. 9 Cost. non apporta utili contributi sul piano penalistico, né in ordine alle oggettività giuridiche da selezionare, né in ordine alla relativa descrizione²¹; un concetto di ambiente tanto ampio, polidimensionale, coinvolgente l’interesse degli elementi che compongono ogni parte dell’*habitat* degli uomini²², non riesce a risultare utile sul piano della tutela penale²³.

Al contempo, in senso più ampio, tuttavia, non è mancato chi ha manifestato l’auspicio che questa riforma possa svolgere una funzione propulsiva per un impegno culturale,

¹⁹ Alla luce di tali acquisizioni, F. Rescigno, *Quale riforma per l’art. 9 Cost.*, cit., p. 4, ritiene “che l’elenco formulato sia fuorviante, poco chiaro e foriero di numerosi possibili conflitti in merito ad una possibile interpretazione costituzionalmente orientata. Il problema è che spesso quando si dice troppo, in realtà non si dice nulla”; sulle difficoltà definitorie in merito ai concetti introdotti nel secondo comma dell’art. 9 Cost., nonché sul disagevole coordinamento con la disciplina già prevista dall’art. 117 cost. v., C. Sartoretti, *La riforma costituzionale dell’ambiente: un profilo critico*, cit., p. 122; in senso conforme, G. Severini e P. Carpentieri, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’art. 9 della Costituzione*, cit., p. 1 ss.; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23.6.2021, p. 1 ss., secondo cui, tra le altre riflessioni critiche, i concetti di “ecosistema” e “biodiversità” rappresentano profili di ambiguità, “voglio vedere [afferma l’Autore], quando la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi su un eventuale vizio di costituzionalità [...], si dovrà rivolgere ad un *expertise* per farsi dire il senso e il significato di queste formule”; per R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, cit., p. 187 ss., 209 ss., la riforma in esame, da ricondurre a quelle teorie variamente dette ecocentriche, sarebbe da considerarsi superflua, per via dei precedenti riconoscimenti dell’ambiente già in sede di giurisprudenza costituzionale, ed il riferimento è, tra le altre, a Corte cost., sentenza n. 201 del 1987; in tal ultimo senso, C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/21, p. 136 ss., 149 ss.; per un differente angolo di visuale, favorevole alla riforma per il rilievo che attribuisce all’ambiente, si vedano G. Amendola, *L’ambiente in Costituzione. Primi appunti*, cit., p. 1 ss.; R. Bifulco, *Primi riflessioni intorno alla l. cost. n. 1/22 in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it (paper)*, 06.04.22, p. 2 ss.; D. Porena, “Anche nell’interesse delle generazioni future”. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, p. 121 ss.

²⁰ M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 131; al riguardo, su analoga linea, la posizione di G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., p. 467 ss.; sul punto si veda, www.isprambiente.gov.it.

²¹ V. *infra*, par. 4.

²² M. Cecchetti, *Art. 9 Cost.*, cit., p. 30 ss.

²³ C. Ruga Riva, *L’ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in *Sist. pen.*, 16 febbraio 2023, p. 1 ss.; in tempi precedenti alla riforma del 2022, F. Bricola, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela penale*, cit., p. 115, nell’affrontare il problema della concezione costituzionale dei beni giuridici, faceva già espresso riferimento all’equiparazione tra il paesaggio indicato all’art. 9 Cost., e “le più ampie concezioni dell’ambiente oggi dominanti”, alla luce della considerazione per la quale “anche la Costituzione ha i propri elementi elastici che, quali organi respiratori, le consentono, senza tradire il principio-guida, di adeguarsi all’evolversi della realtà”.

politico, legislativo, *extra* penale, finalizzato ad una effettiva tutela dell'ambiente e degli elementi che lo compongono²⁴.

3. Beni giuridici collettivi e garanzie costituzionali.

L'indagine sulle configurabilità o meno del bene giuridico ambiente come legittimo oggetto di tutela penale, anche a seguito dell'inserimento della relativa tutela tra i principi fondamentali della Costituzione, necessita di alcune riflessioni di metodo.

Il concetto di bene giuridico, e la relativa funzione critica, sono presidi di garanzia²⁵. Non

²⁴ Per M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 152, "alla modifica dell'art. 9 Cost. avrebbe potuto aggiungersi opportunamente un comma ulteriore, con la seguente formulazione: Le esigenze della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi sono integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni pubbliche degli enti della Repubblica, mediante appositi strumenti organizzativi e procedurali"; per F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9 Cost.*, cit., p. 3, "la Carta fondamentale non ha poteri taumaturgici e non sono poche le previsioni costituzionali che purtroppo rimangono sostanzialmente inattuati, per cui una revisione formale, se non accompagnata da un reale sforzo culturale-legislativo e sociale, rischia di tradursi in un'astratta formulazione che necessita di complicati equilibri giuridici e giurisprudenziali per trovare un *ubi consistam*".

²⁵ K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto del bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, *passim.*, p. 3 ss., 20 ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss., 8 ss.; Id., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, cit., p. 99 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. Giostra e G. Insolera (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 133 ss.; G. Fiandaca, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.; Id., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra diritto e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, Jovene, 1991, p. 61 ss.; Id., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014; A. Fiorella (voce), *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1989, p. 770 ss., 789 ss.; W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, cit., p. 85 ss.; Id., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 104 ss.; Id., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, in *ZStW*, 1975, p. 146 ss.; Id., *Sozialtechnologie und Moral: Symbole und Rechtsgüter*, in *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, p. 329 ss.; Id., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NSStZ*, 1989, p. 553 ss.; Id., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer Praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1973, *passim.*, p. 57 ss.; H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Enke, 1957; U. Kindhäuser, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in C. Lüdersen, C. Nestler tremel e E. Weigend (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima Ratio Prinzip*, Frankfurt-Berlin-NewYork-Paris, Athenäum, 1990, p. 29 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 19 ss.; M. Marx, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, Köln, Heymann, 1972, *passim.*, p. 62 ss.; N. Mazzacuva, *Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini e M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giappichelli, 1997, p. 79 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; Id., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 1992, p. 173 ss.; H. Otto, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in H. Müller-Dietz (a cura di), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1971, p. 3 ss.; D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 484 ss.; C. Roxin, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe*, ora in *Strafrechtliche Grundlagene*, Berlin-NewYork, WdeG, 1973, p. 13 ss.; H.J. Rudolph,

risulta possibile farne usi differenti da quanto è sancito nella Carta fondamentale.

È indispensabile, per fini, tra gli altri, di certezza del diritto, parità di trattamento, dunque funzione della pena ed effettività del sistema²⁶, che il legislatore penale risulti vincolato nella selezione di oggettività giuridiche caratterizzate da rilievo costituzionale, afferrabilità²⁷, offendibilità, tutelabilità, e funzionalità rispetto allo sviluppo della personalità del singolo²⁸.

Sono sempre attuali gli insegnamenti secondo cui una legittima definizione dell'oggetto della tutela penale deve fondarsi sull'osservanza dei principi sanciti, tra gli altri, dagli artt. 2, 3, 13, 21, 25 c. 2, 27 cc. 1 e 3, Cost.²⁹.

Tali acquisizioni consentono di giungere alla elencazione di un catalogo chiuso di beni giuridici, che abbiano le su indicate caratteristiche, e che siano preesistenti rispetto alle norme incriminatrici³⁰.

I beni giuridici, che corrispondono a situazioni di valore offendibili e tutelabili, funzionali allo sviluppo della personalità dell'individuo, la cui tutela diventa imprescindibile ai fini della pacifica convivenza tra i consociati in libertà, sono sempre gli stessi. Possono cambiare i tempi, evolvere le tecnologie o gli usi sociali, e pertanto mutare le modalità di aggressione, ma come ci insegna Hassemer, “fondamento naturale del bene giuridico è la vita”³¹. I beni giuridici restano gli stessi; e tali riflessioni risultano in particolar modo utili con riferimento a interessi macroscopici, cosiddetti collettivi, a titolarità diffusa. In

Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in *Festschrift für Honig*, Gottingen, Schwartz, 1970, p. 151 ss.; D. Santamaria, *Per una storia del bene giuridico*, in *Studi sen.*, 1964, p. 301 ss.

²⁶ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

²⁷ Per tutti, H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, cit., pp. 12 ss., 13.

²⁸ S. Moccia, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1006 ss.

²⁹ Per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 14 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 173 ss.; F.C. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., p. 453 ss.; sulla *'personale Rechtsgutslehre'*, W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, cit., p. 85 ss.; per un orientamento conforme, riferito alla specifica materia dell'ambiente, O. Hohmann, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-NewYork-Paris, Peter Lang, 1991, p. 53 ss.

³⁰ F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 88; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 150; W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 89; Id., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 105; Id., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, cit., p. 57 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 160 ss.; F.C. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezioni dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Verso un nuovo codice penale*, a cura del Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 104, 111; D. Pulitanò, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Quest. Crim.*, 1981, p. 117 ss.; Id., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 483 ss.; per un diverso angolo di visuale, G. Marinucci e E. Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 ss., 349.

³¹ W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 106.

relazione ad essi, per via della rispettiva natura e conformazione, sembrerebbero legittimarsi tecniche di tutela anticipate e conseguenti scorciatoie probatorie³², laddove risulterebbe indispensabile, piuttosto, riconoscere la loro rilevanza mediante la definizione della molteplicità di concreti interessi individuali che vi risultano connessi³³.

Il diritto penale è strumento di tutela di beni giuridici, eppure talvolta, sovente nelle moderne legislazioni caratterizzate da emergenza e simbolicità, viene utilizzato come strumento mediante il quale si tenta di regolare fenomeni sociali. Viene posta una sanzione penale, apparentemente la più severa, a presidio di comportamenti, il più delle volte descritti in maniera poco precisa, che destano allarme sociale³⁴.

Tale operazione politico-legislativa non riguarda soltanto il settore del diritto penale dell'ambiente; si pensi, tra gli interventi più recenti, alla disciplina penale del tutto indeterminata, e caratterizzata da continui giri di vite, con la quale si tenta di fronteggiare il fenomeno della cosiddetta violenza di genere³⁵, o ancora alla disciplina penale, di natura sanzionatoria, fondata sul tipo d'autore, mediante la quale il moderno legislatore ritiene di fronteggiare il macro fenomeno, di dimensione planetaria, dei flussi migratori³⁶.

Legislazioni di tal fatta, in genere, presentano carenze sul piano della determinatezza, le fattispecie incriminatrici di tali settori difficilmente risultano soddisfacenti sul piano della

³² C. Pedrazzi, *Problemi di tecniche legislative*, in Id. e G. Cocco (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 32 ss.; Id., *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Il bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 293 ss.; F. Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Studi in onore di C. Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, p. 447 ss.; Id., *Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 65 ss.; con espresso riferimento all'ambiente, M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 238 ss., alla luce delle difficoltà probatorie in ordine al nesso causale e all'evento, in relazione al bene giuridico dell' "equilibrio ecologico di acqua, aria e suolo" (op. cit., pp. 265 ss., 269), propone un processo di legittimazione delle fattispecie di pericolo astratto.

³³ Sulla necessità di una esatta definizione della portata dei cosiddetti beni giuridici collettivi, W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 90 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 152; F. Bricola, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, cit., p. 101 ss.; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.* 1980, pp. 179 ss., 213.

³⁴ W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, cit., p. 553 ss.; Id., *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit., p. 47; G. Fiandaca, *Il diritto penale piegato al consenso*, in *Il Mattino*, 22 maggio 2015; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, *passim*, p. 5 ss., 22 ss.

³⁵ Per tutti, i recenti contributi di F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, n. 11/2019, p. 78 ss.; e T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 2019, p. 37 ss.

³⁶ V. i recenti studi sul tema di A. Cavaliere, *La vita dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, n. 4/2022, p. 43 ss.; G.L. Gatta, *La pena nell'era della crimmigration: tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione*, *Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, Giuffrè, 2018, p. 987 ss.; L. Masera, *La crimmigration del decreto Salvini*, in *Legislaz. pen.*, 24.07.2019, p. 1 ss.

descrizione delle condotte, dei relativi oggetti, delle offese oggetto di incriminazione, e dei relativi beni giuridici.

E, come accennato, la violazione delle garanzie che dovrebbero accompagnare la redazione della norma penale presenta inevitabili ricadute sulla efficace tutela del bene che andrebbe tutelato³⁷.

In vista di un efficientismo puramente di facciata, si assiste alla violazione del fondamentale ed acquisito binomio “osservanza delle garanzie – effettività del sistema”³⁸.

4. Tentativi di definizione del bene giuridico ambiente.

In assenza di una espressa previsione legislativa in ordine ad una esatta definizione del bene ambiente, un primo riferimento in tal senso è stato rappresentato dalla ampia formula adottata dal Consiglio dell’Unione europea nel 1973 secondo cui per ambiente va inteso l’«insieme degli elementi che, nella complessità delle loro reazioni, costituiscono il quadro, l’*habitat* e le condizioni di vita dell’uomo, quali sono in realtà e quali sono percepiti», in buona sostanza l’ambiente sarebbe costituito dalla totalità degli elementi naturali di cui ed in cui si svolge la vita dell’uomo³⁹.

Naturalmente, definizioni di tale ampia portata non riescono a risultare utili per i fini

³⁷ Si vedano, per tutti, F. Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni ’70*, cit., pp. 179 ss., 188; G. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali, nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di riconoscibilità dell’illecito penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 21 ss., 51 ss.; P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I (Erfurt 1799), Aalen 1973, pp. 12-13; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 237 ss.; S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 112 ss.; F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, *passim*; Id., *Legge penale*, in Dig. disc. pen., VII, Torino 1993, p. 355 ss.; F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 56 ss.; G. Vassalli, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in Dig. pen., VII, Torino, 1994, p. 278 ss.

³⁸ Sull’“antitesi apparente”, nei rapporti tra garanzia per il singolo ed effettività del sistema, v., S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. 1 ss.; sul tema della effettività in materia penale, C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, pp. 430 ss., 480; A. Cavaliere, *Effettività e criminalità organizzata*, in S. Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 291 ss.; sulla effettività, con preciso riferimento al diritto penale ambientale, E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell’ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, cit., p. 148 ss.; Id., *Ecomafia: Il controllo penale tra simbolicità ed ineffettività*, in V. Patalano (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 235 ss., 237.

³⁹ In tal senso, voce *Ambiente*, in *Annuario Europeo dell’Ambiente*, Docter, 1984, p. 19.

penalistici⁴⁰.

A tal riguardo, è stato osservato che “l’ambiente, come tutti gli altri beni della collettività, potrà trovare la propria legittimazione in termini di tutela penale soltanto nell’essere strumentale al soddisfacimento di un interesse personalistico”⁴¹, e pertanto, in tempi precedenti alla riforma del 2022, è emersa una ricostruzione fondata sul combinato disposto, tra gli altri, degli artt. 9, c. 2⁴², e 32, c. 1, Cost.

Oggetto della tutela penale, è stato suggerito, sarebbe quella *parte di ambiente-paesaggio* funzionale allo sviluppo della personalità del singolo, nel contesto sociale⁴³.

⁴⁰ Si pensi alla definizione secondo cui per ambiente va inteso “l’insieme delle condizioni fisico-chimiche e biologiche che permettono e favoriscono la vita degli esseri viventi”, G. Devoto e G.C. Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1990; oppure, a quella secondo cui “l’ambiente è un sistema complesso di fattori fisici, chimici e biologici, di elementi viventi e non viventi e di relazioni in cui sono immersi tutti gli organismi che abitano il Pianeta”, in www.treccani.it; si pensi anche a definizioni quali quelle suggerite da M. Catenacci, *La tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 17 ss., che propone un’accezione di ambiente intesa nel senso di paesaggio costituito da una molteplicità di beni ambientali; o, ancora, a quella proposta da A. Albamonte, *Sistema penale ed ambiente*, Padova, Cedam, 1989, p. 8, secondo cui va proposta “una segmentazione dell’ambiente in sub-settori, conferendo agli stessi una autonomia in rapporto alle patologie di inquinamento dell’aria, dell’acqua, da rumore, urbanistico, culturale, paesistico”; per un’accezione di ambiente inteso nel senso di oggetto della normativa relativa alla tutela delle acque, dell’aria e del suolo, si veda, M.S. Giannini, “Ambiente”: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., p. 23 ss.; per E. Capaccioli e F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell’)*, cit., p. 258, il concetto di ambiente va riferito a “una pluralità di tutele, connesse, ciascuna, a diversi interessi giuridicamente protetti e disciplinati”; M. Cicala, *Ambiente (tutela dell’)*, cit., p. 265, fa riferimento a “una visione integrale e pluridimensionale del compendio naturalistico”; L’art. 1, l. n. 349/86, istitutiva del Ministero dell’ambiente, indica quali compiti del Ministero: «[la] promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall’inquinamento»; per i riflessi penalistici, cfr., V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 166.

⁴¹ W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtslehre*, cit., p. 91; sulla natura funzionalpersonalistica della tutela dell’ambiente, ricavata anche da una approfondita analisi dell’art. 37 della Carta di Nizza – CDFUE –, si veda, A. Lucarelli, *La tutela dell’ambiente (art. 37)*, cit., 96, in cui l’A. evidenzia la necessaria “dimensione sociale, antropocentrica e solidaristica” della tutela dell’ambiente.

⁴² Per una panoramica delle molteplici interpretazioni riferite al concetto di paesaggio di cui all’art. 9 co.2 Cost., P. Perlingieri e D. Messinetti, *Art. 9*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 44 ss.; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Id. (a cura di) *Urbanistica, tutela del paesaggio, Espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 3 ss., 18 ss.; Id., *Paesaggio*, cit., p. 503 ss.; A.M. Sandulli, *La Tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, p. 70 ss.; A. Sestini, *Il paesaggio*, in *Conosci l’Italia*, VII, Milano, Touring Club Italiano, 1963, p. 3; F. Merusi, *Art. 9. Principi generali*, cit., p. 435 ss.; G. Santini, *Il paesaggio nella cultura e nell’arte del XX secolo*, in Id. (a cura di), *Il paesaggio. Pittura contemporanea*, Milano, Mondadori, 1988, p. 8; Corte Cost., sentenza n. 379/1994, in *Giur. Cost.*, 1994, III, p. 3422 ss.

⁴³ In tal senso, A. Manna, *Struttura e funzione dell’illecito penale ambientale. Le caratteristiche della normativa sovranazionale*, in *Giur. mer.* n. 10/2004, 2162 ss., p. 2164; sul primo intervento legislativo in Italia finalizzato alla tutela dell’ambiente in un’ottica secondo cui “lo Stato deve assumersi delle responsabilità in ordine alla difesa delle risorse naturali [...] per tutelare le posizioni individuali che si rapportano al bene stesso”, v., A. Lucarelli, *La legge Croce del 1922 ed il convegno internazionale di Capri su paesaggio. Alla ricerca delle radici del diritto ambientale nel mondo di ieri*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, n. 1/2023, pp. 268 ss., 268-269, in cui l’A. prosegue osservando che “ciò che appare nello sforzo legislativo crociano è quello di combinare la dimensione più intimista della persona con un quadro di regole che pongono lo Stato come paladino della difesa dei beni di appartenenza collettiva. [...] in Croce è già chiaro che l’elemento contemplativo ed estetizzante del paesaggio vada materialmente difeso per garantire e salvaguardare l’elevazione spirituale dell’*humanitas*”.

“L’ambiente (così come l’ordine pubblico e la morale) [, è stato osservato,] è troppo vago per poter assurgere ad autonomo, indipendente, bene giuridico. Tuttavia, la pulizia del suolo, dell’aria, dell’acqua [...] può essere concretizzabile. Bisogna ricavare, dunque, una molteplicità di beni giuridici, in relazione all’ambiente e descriverli, con esattezza, ciascuno per conto suo”⁴⁴.

In assenza di una esplicita previsione costituzionale, fino alla riforma del 2022, la proposta per il riconoscimento di un valore che assumesse legittima dignità di oggetto di tutela penale era emersa da una lettura sistematica delle norme gerarchicamente sovraordinate.

Da qui, ambiente inteso nel senso di *bene giuridico di categoria*, che “rappresenta una sintesi categoriale, le cui singole componenti (acqua, aria, suolo) possono legittimamente porsi come oggetto della tutela penale e, pertanto, quali idonei beni di singole fattispecie incriminatici”⁴⁵. “Il danno all’ambiente [consisterebbe, dunque], nella rottura del ciclo biologico che caratterizza ognuno dei tre elementi fondamentali”⁴⁶.

Tale tentativo di definire un perimetro quanto più circoscritto dell’oggetto della norma, da valutarsi in osservanza della relativa capacità a risultare funzionale al soddisfacimento di significativi interessi umani⁴⁷, non sembra potersi considerare del tutto risolutivo in quanto inestricabilmente connesso con i su descritti, indeterminati, concetti di ambiente, ecosistemi e biodiversità⁴⁸.

Probabilmente, i contributi sul tema della necessaria concretizzazione degli elementi ambientali possono risultare utili in un’ottica di tutela degli stessi in maniera strumentale alla tutela del fondamentale e legittimo bene giuridico della salute⁴⁹.

⁴⁴ V., C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 18 ss.

⁴⁵ E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell’ambiente*, cit., p. 238

⁴⁶ V., M. Catenacci, *La tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 17 ss., 265 ss.; sul tema si veda A. Eser, *Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht*, in *Festschrift für Josef Maria Aussling zum 65. Geburtstag*, Otterbach, 1990, pp. 76 ss., 83, 95, secondo cui “alle manifestazioni ecologiche dell’*habitat* naturale dell’uomo, quali acqua, aria, paesaggio, ed il mondo animale e vegetale, si deve riconoscere il carattere di legittimi beni giuridici degni di tutela penale. L’obiettivo è la tutela della salute degli esseri umani”.

⁴⁷ Per una analisi critica rivolta all’accoglimento della concezione personalistica del bene giuridico, con specifico riferimento anche al settore ambientale, v., G. Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 179 ss., 183, secondo cui “una concezione personalistica del bene giuridico non può estromettere dalla tutela penale i beni superindividuali, economici e ambientali”.

⁴⁸ V. *supra*, par. 1.

⁴⁹ Sulla relazione tra interessi giuridici e interessi naturali, nonché, sulla concezione antropocentrica dell’ambiente e sulla inestricabile connessione tra “ambiente, salute e bisogno di vita delle persone”, e dunque per una tutela del primo, esclusivamente, in un’ottica di salvaguardia degli altri due, v., per tutti, W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 105; Id., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 91, per l’illustre Autore “la concezione personalistica del bene giuridico non è incompatibile con la tutela dei beni giuridici della collettività, anzi, rende tali beni

4.1. Inafferrabilità del bene ambiente e natura accessoria delle fattispecie incriminatrici.

“Riserva di legge, tassatività, offensività, proporzione, sussidiarietà [sono] principi del tutto ignoti al diritto penale dell’ambiente; criteri di selezione del bene giuridico, bilanciamento di interessi, tecniche di tutela, causalità, (...) criteri di imputazione personale, modelli sanzionatori: problemi tutti da risolvere”⁵⁰.

Tali affermazioni, risalenti al 1996 e riferite dunque ad un tempo in cui il diritto penale dell’ambiente era costituito esclusivamente da legislazione speciale *extra* codicistica composta da ipotesi di pericolo presunto dalla natura contravvenzionale e sanzionatoria, risultano oggi ancora del tutto attuali, nonché riferibili sia alla legislazione speciale confluita nel d.lgs. n. 152/2006 – TUA –, sia alle ipotesi delittuose introdotte con l. n. 68/2015 nel titolo VI-*bis* del codice penale.

In entrambi i settori di disciplina il ruolo dell’accessorietà alle disposizioni amministrative svolge un ruolo determinante.

Nella disciplina contenuta nel TUA il concetto di bene giuridico svanisce per lasciare il posto alla tutela di funzioni di controllo della pubblica amministrazione, alla tutela di scopi, delle *rationes* stesse della norma penale⁵¹. Basti pensare a modelli di incriminazione quali la mancata comunicazione dei dati relativi alle emissioni agli organi della pubblica amministrazione, oppure all’esercizio di un’attività non autorizzata, per avere esempi di una legislazione che incrimini la trasgressione del rapporto di collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione, e l’infrazione delle funzioni amministrative di controllo. Emblematico esempio di legislazione penale in cui viene persa di vista l’offesa al bene è

funzionali per la persona. Questi beni possono rilevare in termini penalistici esclusivamente come strumento funzionale alla tutela di interessi personalistici”; sul tema si vedano i fondamentali contributi di J. Luther, *Antropocentrismo ed egocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, cit., p. 673 ss.; A. Baratta, *Ecologia, economia, democrazia e il patto sociale della modernità*, cit., p. 9 ss.; nella giurisprudenza interna, Corte cost., sentenza n. 210/1987, in *Giur. Cost.*, cit., p. 1577 ss.

⁵⁰ P. Patrono, *Il diritto penale dell’ambiente. Rilevi critici e linee di politica criminale*, cit., p. 1147; già in precedenza, in termini analoghi, W. Hassemer, *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit., pp. 46 ss., 49.

⁵¹ Sulla identificazione della *ratio* della norma, con lo “scopo della disposizione”, per tutti, F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 27; con specifico riferimento al tema dell’ambiente, M. Catenacci, *Beni e funzioni, oggetto di tutela nella legge Merli sull’inquinamento delle acque*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pp. 1219 ss., 1226, evidenzia come la necessaria concretezza, offendibilità e preesistenza del bene giuridico non siano requisiti appartenenti alle, cosiddette, funzioni di controllo della pubblica amministrazione.

rappresentato dalla recente disciplina di estinzione delle contravvenzioni ambientali contenuta nella parte VI-*bis* del TUA, che si riferisce ad ipotesi che, per definizione legislativa, non hanno cagionato né danno né pericolo nei confronti delle risorse ambientali⁵².

Sovente, nel settore che ci occupa, si assiste alla predisposizione di norme penali di pericolo astratto/presunto che, con rinvii per la integrazione del precetto a provvedimenti della pubblica amministrazione, perdono di vista l'oggetto della tutela per perseguire obiettivi di organizzazioni politiche, sociali, economiche⁵³; tali norme, di natura sanzionatoria e poste a presidio di *rationes*, non disciplinano l'offesa al bene, quanto piuttosto la mera violazione del precetto⁵⁴.

Queste problematiche non caratterizzano soltanto la legislazione speciale, quanto piuttosto anche le fattispecie codicistiche di cui ai delitti di inquinamento e disastro ambientale *ex* artt. 452-*bis* e *quater* c.p.

Nonostante tali fattispecie siano state elaborate mediante l'utilizzo di formule generalmente utilizzate per i reati di danno⁵⁵, la presenza nei rispettivi precetti dell'avverbio "abusivamente" ne evidenzia la relativa natura amministrativa.

Le attività di inquinamento e disastro – presumibilmente dannose per l'ambiente – risultano penalmente rilevanti soltanto qualora siano realizzate in violazione di indeterminate disposizioni secondarie, probabilmente, peraltro, non ancora neppure esistenti al momento

⁵² Sul tema, v., Caterini, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 166 ss., 169 ss.

⁵³ W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 110.

⁵⁴ Sui problemi derivanti dalle incriminazioni del pericolo astratto/presunto, senza pretese di esaustività, F. Bricola, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 133 ss.; Id., *Teoria generale del reato*, cit., p. 76 ss.; S. Canestrari (voce), *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma 1991, p. 1 ss.; C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959, p. 1 ss.; M. Gallo, *I reati di pericolo* in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.; G. Grasso, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689 ss.; F. Mantovani, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 313 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 343 ss.; Id., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 178 ss.; T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 ss.; con specifico riferimento all'ambiente, P. Giampietro (voce), *Rifiuti (smaltimento dei)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 786 ss.

⁵⁵ V., Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani" 2016, in *Dir. pen. cont.*, 17.12.2015, 1 ss., 3; A. Bell e A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente sarebbe potuta essere scritta peggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21.07.2015, p. 10 ss.; M. Catenacci, *La legge sugli ecoreati e i suoi principali nodi problematici*, in A. Manna (a cura di), *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, Dike, 2016, pp. 11-12; A. Manna, *Il nuovo diritto penale ambientale, nel quadro della politica criminale espressione dell'attuale legislatura*, in Id., (a cura di), *Il nuovo diritto penale ambientale*, cit., p. 34 ss.

della entrata in vigore delle fattispecie penali di rinvio⁵⁶.

Dunque, anche in relazione a situazioni di tal fatta emergono difficoltà in ordine alla esatta definizione del bene di riferimento⁵⁷.

All'art. 452-*bis* c.p. – reato di inquinamento ambientale – si incrimina «chiunque abusivamente cagioni una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque, dell'aria [...] o di un ecosistema». Ed al di là della indeterminatezza che caratterizza quasi tutti gli elementi descrittivi della norma⁵⁸, come sinteticamente anticipato, il dato che interessa in questa sede è la presenza dell'avverbio 'abusivamente', laddove, la valorizzazione del momento autorizzativo nell'ambito di condotte inquinanti, sposta inevitabilmente l'attenzione da una concreta offesa all'ambiente a interessi di tipo amministrativo⁵⁹.

In egual modo all'art. 452-*quater* c.p. – disastro ambientale – il disastro è tale, al di là delle relative definizioni contenute nel precetto⁶⁰, soltanto qualora sia cagionato abusivamente. Seppure è stato osservato che l'avverbio abusivamente sia stato inserito nel precetto penale per introdurre una integrazione fornita dal legislatore o dalla pubblica amministrazione per investitura democratica o per competenze tecniche, e che lo stesso rappresenti il bilanciamento tra la tutela ambientale e la tutela di altri interessi altrettanto rilevanti per l'esplicazione della vita delle persone⁶¹, non può trascurarsi il dato secondo cui tale presenza determini lo svilimento, in un sol tempo, di una molteplicità di garanzie che invece dovrebbero caratterizzare il precetto penale, dalla riserva di legge/determinatezza/legalità, all'offensività, alla definizione costituzionale dei beni giuridici, alla sussidiarietà, con le note conseguenze sul piano della effettività⁶².

⁵⁶ In tal senso, critico, per tutti, G. Amendola, *L'ambiente in Costituzione. Primi appunti*, cit., pp. 1 ss., 4, secondo cui l'avverbio "abusivamente" ha una portata tanto ampia, al punto "di farci rientrare praticamente di tutto".

⁵⁷ V., L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 4; R. Zaffaroni, *Ambiente e sistema penale: a proposito di Mario Caterini*, *Delitos contro el medio ambiente y principios penales*, in *Dir. pen. cont.*, 09 gennaio 2018, p. 1 ss.

⁵⁸ Per tutti, L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 1 ss.; si consideri che a pochi giorni dalla entrata in vigore della l. n. 68/2015, la Corte di Cassazione ha provveduto alla pubblicazione di una relazione per finalità esplicative del testo dei nuovi delitti, v., *Rel. Cass. n. III/4/2015*, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁹ V., G. Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., p. 173, che evidenzia come "alle nuove esigenze di tutela si fa fronte attraverso la predisposizione di un apparato prescrittivo di natura più tecnica, burocratica, procedimentale, che giuridica in senso stretto, finalizzato ad agevolare i necessari controlli da parte delle autorità amministrative, invece che a tutelare direttamente i beni giuridici soprastanti"; e A. Manna, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale*, cit., p. 2168, che evidenzia come la polarizzazione del fuoco del *Tatbestand* sulla assenza della autorizzazione amministrativa (...) comporti un evidente depotenziamento dell'efficacia preventiva del precetto penale.

⁶⁰ V., *Rel. Cass. n. III/4/2015*, cit., p. 14 ss.

⁶¹ C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, cit., p. 10.

⁶² Per tutti, S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit. p. 343 ss.

D'altronde, le indefinite formule definitorie adottate negli artt. 452-*bis* e *quater*, nel tentativo di descrivere le condotte di inquinamento e disastro ambientali, rappresentano la conferma della difficoltà per il legislatore di individuare e descrivere una concreta offesa ad un afferrabile e percepibile bene giuridico⁶³.

5. Ipertrofia penalistica ed ineffettività. La rilevanza penale degli elementi ambientali come strumento di tutela della salute.

Emerge un assetto normativo, in conformità con quanto sovente avviene nelle moderne discipline penali dell'emergenza⁶⁴, caratterizzato ad un tempo da ipertrofia ed ineffettività. Si consideri che a fronte dei circa 900 procedimenti penali istruiti mediamente ogni anno per le fattispecie delittuose di cui alla l. n. 68/2015, e dei 30.590 reati ambientali riscontrati dalle Forze dell'ordine nel 2021, dunque circa 84 ogni giorno e 3,5 ogni ora, i reati contro l'ambiente non compaiono nella lista dei settori di criminalità che risultano causa della presenza di detenuti nelle carceri italiane⁶⁵.

La formulazione delle fattispecie, in ordine su tutto alla descrizione dell'offesa al bene, è tale per cui in sede di giudizio sorge più di un problema probatorio.

Sotto un differente angolo di visuale, l'assenza di detenuti per motivi di criminalità ambientale potrebbe anche essere intesa come un segnale di particolare efficacia preventiva delle fattispecie, tuttavia, i dati relativi all'inquinamento e alle bonifiche dei siti inquinati dimostrano la incapacità della disciplina penale del settore a salvaguardare il bene per la cui tutela sarebbe dovuta essere predisposta⁶⁶.

Assegnare al diritto penale il ruolo di strumento di fronteggiamento del fenomeno dell'inquinamento, talvolta arricchendo l'arsenale penale con nuove fattispecie

⁶³ Si veda, V. Giordano, *La tutela penale dell'ambiente*, in A. Cavaliere e V. Masarone (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee nel diritto penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 301 ss.; nonché, sia consentito un rimando al G.M. Palmieri, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice*, cit., p. 169 ss.

⁶⁴ Per tutti, S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., *passim*, p. 1 ss.

⁶⁵ *Ecomafia. Le storie e i numeri della criminalità ambientale in Italia*, Legambiente, Milano, Edizioni Ambiente, 2022, pp. 12-13, 25; nonché, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, in www.giustizia.it.

⁶⁶ "Cosa ha ottenuto il diritto penale ambientale? È stato davvero in grado di proteggere l'ambiente? Grazie alle sue disposizioni [...] disponiamo di un ambiente sano, salviamo le foreste, i boschi, le acque, l'atmosfera?", si chiede R. Zaffaroni, *Ambiente e sistema penale*, cit., p. 2, il quale conclude affermando che "l'unica cosa che otteniamo è di smantellare i nostri più basilari concetti giuridico-penali"; cfr., per tutti, i dati della European Environment Agency, in eea.europa.eu.

incriminatrici, talaltra mediante l'irrigidimento di regimi sanzionatori di fattispecie già esistenti, corrisponde al comportamento di colui che, imbattutosi in una persona gravemente ferita, ritiene di rivolgersi alle forze dell'ordine piuttosto che contattare con urgenza il servizio di pronto soccorso sanitario.

L'auspicio è rivolto all'abbandono di tecniche di incriminazione dalla natura accessoria ad indefinite regole amministrative, ad un uso sussidiario del diritto penale⁶⁷, a fattispecie penali incentrate sull'offesa, quantomeno in termini di pericolo concreto, nei confronti di beni giuridici afferrabili, e costituzionalmente rilevanti.

Dal momento che sussiste la necessità derivante dal vincolo imposto dall'art. 3, direttiva 2008/99 CE, probabilmente, una tecnica di incriminazione legittimamente adottabile nel settore potrebbe essere rappresentata da una fattispecie incriminatrice di superamento dei valori soglia dei limiti di inquinamento dei diversi elementi ambientali, il cui precetto contenga un rinvio che, a differenza del generico avverbio «abusivamente», sia di natura strettamente tecnica, e riferito in maniera precisa allo specifico provvedimento che disciplina la materia⁶⁸; la norma proposta dovrebbe contenere una nota di pericolo concreto rivolto alla tutela della salute⁶⁹.

Al di sotto della su indicata soglia di alterazione degli elementi ambientali, nonché in assenza del pericolo concreto nei confronti della salute, andrebbe prediletto l'uso di differenti settori dell'ordinamento giuridico, più agili, efficaci, e meno aggressivi della libertà del destinatario della norma.

Tuttavia, non sembra che sia questa la direzione verso cui si stia orientando la politica criminale del settore. In relazione alla recente riforma dell'art. 9 Cost., infatti, non è isolata la posizione di chi ritiene che il rischio derivante dall'apparente, e soltanto simbolico,

⁶⁷ Sul tema della sussidiarietà in diritto penale, fondamentali, A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.; F. Bricola, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 101 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis e G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Atti del convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova, Cedam, 1984, p. 3 ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1475 ss.; L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 44 ss.; C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, *passim*; C. Roxin, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, p. 37, che insegna che “la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male”.

⁶⁸ Sulle modalità di rinvio da considerarsi legittime per fini di integrazione del precetto, C. Fiore – S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2020, p. 101 ss.

⁶⁹ S. Moccia, tra gli altri contributi, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, Jovene, 1984, p. 293; M. Gallo, *I reati di pericolo*, cit., p. 5 ss.; con espresso riferimento all'ambiente, M. Caterini, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 352 ss.

rafforzamento del valore dell'ambiente potrebbe essere quello, sulla scia dell'emotività, di un incremento della domanda di soluzioni penalistiche⁷⁰. E la fondatezza di tali preoccupazioni viene confermata dalle prospettive derivanti dal testo della proposta della nuova direttiva in materia di tutela penale dell'ambiente, destinata alla sostituzione dell'attualmente vigente direttiva 2008/99CE⁷¹.

Dalla relazione che accompagna la proposta emerge una critica alla inefficacia delle risposte derivanti dalle discipline interne emanate a seguito della direttiva del 2008, e dal conseguente testo emerge una proposta che, senza risolvere la questione della indeterminatezza della definizione del danno all'ambiente penalmente rilevante, risulta orientata all'ampliamento del numero delle fattispecie incriminatrici, e all'innalzamento dei regimi sanzionatori previsti per fattispecie già vigenti e considerati troppo bassi⁷².

Il proponente legislatore europeo non considera l'acquisizione secondo cui il *giro di vite* rappresenta proprio la dimostrazione del fallimento della politica criminale caratterizzata dalla disciplina stessa a cui lo si intenda applicare⁷³.

Abstract: L'inserimento dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione non incide sulle problematiche del settore in materia penale.

L'ambiente, anche prima della riforma del 2022, era già pacificamente riconosciuto tra i valori fondamentali della Costituzione mediante una lettura integrata dei principi sovraordinati, ma le difficoltà inerenti alla relativa tutela penale derivano dalla vaghezza ed inafferrabilità del bene giuridico di riferimento.

Le fattispecie penali presentano sovente carenze descrittive in ordine all'oggetto della condotta, all'offesa, al bene giuridico, e si caratterizzano per la natura sanzionatoria del precetto che si fonda sulla violazione di indefinite regole amministrative.

Probabilmente, una tutela più efficace dell'ambiente potrebbe raggiungersi mediante l'uso di strumenti sussidiari rispetto al penale, utilizzando quest'ultimo soltanto mediante

⁷⁰ V., C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, cit., p. 10.

⁷¹ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99 CE*, Bruxelles 15.12.2021.

⁷² V., B. Onofrj, *Proposta per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale: nuove frontiere nella lotta ai crimini ambientali in Europa*, in *Sist. pen.*, 05.07.2022, p. 1 ss.; L. Siracusa, *Novità normative dall'Unione europea in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *Giustiziainsieme.it*, 10.01.2023, p. 1 ss.

⁷³ Chiarissimi sul punto, sia pur senza espresso riferimento all'ambiente, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., pp. 37 ss., 51; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.* 2019, 3, p. 235 ss.; il pensiero va all'antico insegnamento di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano (1764), Feltrinelli, 2003, p. 78 ss.

fattispecie di pericolo concreto rivolte alla tutela della salute.

Abstract: The insertion of environment within the fundamental principles of the Constitution does not affect the criminal law.

Even before the 2022 reform, environment was already peacefully recognized among the fundamental values of the Constitution through an integrated reading of constitutional principles, but the matters in environment criminal law come from the vagueness and elusiveness of legal object.

In this field, criminal laws often present descriptive deficiencies with regard to the action, the offense, and the legal object, and are based on the violation of indefinite administrative rules.

Probably, a more effective protection of the environment could be achieved through subsidiary instruments, and the criminal law should be used only through concrete danger offences aimed at health protection.

Parole chiave: art. 9 Cost. – tutela penale dell’ambiente – bene giuridico – fattispecie di pericolo – principio di sussidiarietà.

Key words: art. 9 Const. – environmental criminal protection – legal object – danger offences – subsidiarity principle.

ANCORA SU IMMUNITÀ GIURISDIZIONALI E GRAVI VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI*.

LA SENTENZA N. 159/2023 DELLA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA IL FONDO PER LE VITTIME DEL TERZO REICH UN RIMEDIO EQUIVALENTE ALLA TUTELA ESECUTIVA.

di Donato Greco **

Sommario. Introduzione. – 2. Antefatto. – 3. La storia processuale del caso. – 4. Le questioni di legittimità costituzionale che definiscono il *thema decidendum*. – 5. Il contenuto della decisione. – 6. Considerazioni critiche: il rapporto con la sentenza n. 238/2014 tra profili di continuità e di discontinuità. – 7. *Segue*: il problema dei creditori stranieri. – 8. *Segue*: il rapporto con la controversia *Germania c. Italia (II)*. – 9. Epilogo.

1. Introduzione.

Con la sentenza 21 luglio 2023, n. 159¹, la Corte costituzionale italiana ha scritto un nuovo capitolo – chissà se l'ultimo – dell'annosa quanto celebre saga giudiziaria, la cui trama ruota attorno ai due poli delle immunità giurisdizionali dello Stato estero, da un lato, e della riparazione dei danni derivanti dalle gravi violazioni dei diritti umani commesse dalle forze del Terzo Reich durante la Seconda guerra mondiale, dall'altro.

Di seguito si intende analizzare la decisione, al fine di definirne la portata e valutarne gli effetti, nel quadro più generale che ha condotto a tale sviluppo. In primo luogo, ci si soffermerà sul rapporto che la nuova pronuncia della Consulta presenta con il precedente del 2014, incluse alcune questioni relative alla posizione delle vittime straniere. In secondo luogo, si valuteranno i riflessi che essa può avere nella controversia tra Germania e Italia.

* Sottoposto a referaggio.

** Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per un primo commento si veda A.M. Pelliconi, *The Italian Constitutional Court's new decision on state immunity and the ICJ Germany vs Italy No. 2*, in *EJIL:Talk!*, 28 luglio 2023.

Pur essendo i termini generali della vicenda piuttosto noti, appare opportuno ripercorrerne brevemente le tappe fondamentali², prima di procedere con l'analisi di merito.

2. Antefatto.

Se fino ai primi anni del 2000, la giurisprudenza italiana si era generalmente orientata nel senso di rinvenire nella norma sull'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione di cognizione un ostacolo insormontabile alla riparazione dei danni patiti dalle vittime dei crimini nazisti³, il quadro è mutato radicalmente a partire dal 2004. Nel noto caso *Ferrini*, infatti, la Corte di cassazione ha elaborato un'interpretazione restrittiva dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione di cognizione, secondo cui la norma consuetudinaria, di per sé, non avrebbe impedito l'accertamento di danni derivanti da *delicta imperii* (c.d. eccezione umanitaria)⁴. Da tale momento, diverse sentenze di condanna sono state emesse nei confronti dello Stato tedesco.

Su ricorso della Germania, con sentenza del 3 febbraio 2012, la Corte internazionale di giustizia ha smentito nettamente questa ricostruzione, rigettando tutte le argomentazioni dell'Italia⁵. Per adeguarsi alla sentenza internazionale, il legislatore italiano ha approvato la legge 14 gennaio 2013, n. 5⁶: per i procedimenti ancora pendenti, l'art. 3, c. 1, imponeva ai giudici di riconoscere l'immunità tedesca e dichiarare il proprio difetto di giurisdizione,

² Una sintesi piuttosto dettagliata è offerta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza qui in commento, capi 9-11 del Considerato in diritto.

³ Cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., ordinanza 5 giugno 2002, n. 8157.

⁴ Cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 11 marzo 2004, n. 5055, su cui si vedano P. De Sena e F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1/2005, pp. 89-112; A. Gattini, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1/2005, pp. 224-242.

⁵ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, in *ICJ Reports*, 2012, p. 99 ss. Note critiche sulla sentenza del 2012 per quanto concerne la ricostruzione e l'interpretazione del diritto consuetudinario sono state espresse da B. Conforti, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21/2012, pp. 133-142, p. 137; L. Gradoni e A. Tanzi, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Comunità internazionale*, vol. 67, n. 2/2012, pp. 203-226.

⁶ In *Gazzetta Ufficiale*, a. 154, n. 24, 29 gennaio 2013, p. 1 ss. La giurisprudenza di legittimità ha quindi preso atto del mutato quadro normativo: cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 21 gennaio 2014, n. 1136. Sul quadro che si è venuto a delineare in Italia subito dopo la sentenza del 2012 si veda G. Nesi, *The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n. 1/2013, pp. 185-198.

mentre per quelli già conclusi introduceva, al c. 2, una causa straordinaria di revocazione. Tale legislazione, tuttavia, è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la celebre sentenza 22 ottobre 2014, n. 238⁷. Ad avviso dei giudici, l'art. 3 della legge n. 5/2013 si poneva in contrasto con il diritto di azione in giudizio (art. 24 Cost.), funzionale nella fattispecie alla tutela di diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.). Per analoghe ragioni, la Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848, contenente l'ordine di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite, limitatamente alla parte in cui imponeva di eseguire, ai sensi dell'art. 94, par. 1, la decisione resa dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012. Infine, con sentenza interpretativa di rigetto⁸, la Corte costituzionale ha statuito che la norma internazionale sull'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile (di cognizione), recepita ai sensi dell'art. 10, c. 1, Cost., è inoperante nell'ordinamento giuridico italiano, per la parte in cui, impendendo l'accertamento giudiziale di gravi violazioni dei diritti umani derivanti da atti *iure imperii*, contrasta con i principi fondamentali della Costituzione sanciti dai già richiamati artt. 2 e 24 Cost.⁹.

Su questa base giuridica, numerose sentenze di condanna nei confronti della Germania, passate in giudicato o comunque provvisoriamente esecutive, hanno consentito l'apertura

⁷ La letteratura che si è stratificata negli anni a commento della sentenza n. 238/2014 è sconfinata. Tra i molti autori che si sono confrontati con il tema si rinvia a P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *Questions of International Law*, Zoom Out II, 2014, pp. 17-31; F. Fontanelli, *I Know it's Wrong but I Just Can't Do Right: First Impressions on Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2014; R. Kolb, *The Relationship Between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Questions of International Law*, Zoom Out II, 2014, pp. 5-16; F. Salerno, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 35, n. 1/2015, pp. 33-58; E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 1/2015, pp. 126-134; G. Cataldi, *A Historic Decision of the Italian Constitutional Court on the Balance between the Italian Legal Order's Fundamental Values and Customary International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 24/2015, pp. 37-52; R. Pavoni, *Simoncioni v. Germany*, in *American Journal of International Law*, vol. 109, n. 2/2015, pp. 400-406; A. Tanzi, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *Comunità internazionale*, vol. 70, n. 1/2015, pp. 13-36; M. Iovane, *The Italian Constitutional Court Judgment No. 238 and the Myth of the "Constitutionalization" of International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n. 3/2016, pp. 595-605.

⁸ F.M. Palombino, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 1/2015, pp. 151-155.

⁹ Per un riferimento generale sulla dottrina dei controlimiti applicata dalla Consulta si rinvia a D. Amoroso, *Italy*, in F.M. Palombino (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 184-209.

di altrettanti procedimenti esecutivi su beni tedeschi in Italia¹⁰. Per tale ragione, il 29 aprile 2022, la Germania ha presentato un nuovo ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, lamentando la violazione, da parte dell'Italia, tanto dell'immunità dalla giurisdizione civile quanto dell'immunità dall'esecuzione¹¹.

Per cercare di risolvere definitivamente la controversia in corso con lo Stato tedesco, il Governo italiano è intervenuto *ad horas*, approvando il decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36¹². Con l'art. 43, c. 1, del decreto-legge è stato istituito un Fondo, finanziato dall'Italia, per «il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità [...] compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945». Ai sensi del successivo c. 3, è previsto che anche nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, le sentenze di condanna nei confronti della Germania acquistano efficacia esecutiva al momento del passaggio in giudicato e sono eseguite esclusivamente a valere sul Fondo¹³. Inoltre, viene disposto che le procedure esecutive basate su titoli derivanti da

¹⁰ Timidi tentativi di ridiscutere il quadro definito dalla sentenza n. 238/2014 sono stati prontamente censurati dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 28 settembre 2020, n. 20442. Per un commento si veda G. Berrino, *“Plus Ça Change, Plus C'est la Même Chose”: State Immunity and International Crimes in Judgment No. 20442/2020 of the Corte di Cassazione*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 1, n. 2/2021, pp. 373-391.

¹¹ *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, istanza di avvio di un procedimento contenente una richiesta di misure cautelari, depositata nella Cancelleria della Corte il 29 aprile 2022. Sulle prospettive apertesi all'indomani della presentazione del nuovo ricorso si vedano i commenti di P. Franzina, *Jurisdictional Immunities: Germany v. Italy, Again*, in *European Association of Private International Law*, 4 maggio 2022; L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, in *EJIL:Talk!*, 10 maggio 2022; G. Berrino, *Un'istantanea del nuovo ricorso della Repubblica federale tedesca alla Corte internazionale di giustizia per violazione delle immunità giurisdizionali da parte dello Stato italiano*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2022.

¹² Decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito, con modificazioni, in legge 29 giugno 2022, n. 79, in *Gazzetta Ufficiale*, a. 163, n. 150, 29 giugno 2022, p. 1 ss. Per un'analisi della novella, per quanto non si dirà in questa sede, si vedano P. Franzina, *Jurisdictional Immunities*, cit.; G. Boggero, *Il Governo italiano tenta di “disinnescare” il (nuovo) ricorso sulle immunità della Germania davanti alla Corte internazionale di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 42, n. 3/2022, pp. 590-594; G. Berrino, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 104, n. 3/2022, pp. 827-830.

¹³ Si tratta di un modello già esplorato dalla dottrina ben prima dell'intervento del legislatore (cfr. F. Fontanelli, *Sketches for a Reparation Scheme: How Could a German-Italian Fund for the IMIs Work?*, in V. Volpe, A. Peters e S. Battini (eds.), *Remedies against Immunity? Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 297, Berlin-Heidelberg, Springer, 2021, pp. 159-187, p. 180 ss.) e non dissimile da quello impiegato in altre esperienze ordinamentali, in cui si è dovuto trovare un rimedio, alternativo alla tutela giurisdizionale, per la riparazione di danni derivanti da *delicta imperii*. Sul punto si veda E. Baldi, *South Korea's Plan to Compensate Victims of Forced Labour Employed in Japanese Factories During Colonial Rule: A Step Forward for Peaceful Relations, but not for Victims' Rights*, in *EJIL:Talk!*, 5 maggio 2023.

tali sentenze non possono essere iniziate o proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi sono estinti *ex lege*.

La novella, in effetti, ha sortito un primo risultato, in quanto, il successivo 4 maggio, la Germania ha rinunciato alla richiesta di misure cautelari, allegata al nuovo ricorso¹⁴.

3. La storia processuale del caso.

La decisione in commento trae origine da un procedimento esecutivo (R.G.E. n. 1163/2020) promosso dinanzi al Tribunale di Roma, sez. IV civ., (Ufficio delle esecuzioni immobiliari), in forza di titoli giudiziali. In particolare, M.T. Giorgio, in qualità di erede di A. Giorgio, catturato, deportato e internato in campi di concentramento dalle forze del Terzo Reich, ha agito per il pignoramento di quattro immobili siti in Roma, di proprietà della Germania, i quali ospitano l'Istituto storico germanico, l'Istituto archeologico germanico, il Goethe Institut, e la Scuola germanica. Nello stesso giudizio, quindi, sono intervenuti D. Cavallina, quale erede di G. Cavallina, anch'esso vittima di crimini analoghi, e la Regione Steréa Elláda, la quale ha agito sulla base di un titolo esecutivo derivante dalla sentenza 30 ottobre 1997, n. 137, con cui il Tribunale di Livadia (Grecia) aveva condannato lo Stato tedesco al pagamento di un risarcimento in favore degli eredi di 218 persone, vittime della strage di Distomo, avvenuta nell'omonima località il 10 giugno 1944¹⁵.

Nel corso del giudizio, la Germania e l'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta in un'ottica di collaborazione istituzionale, hanno chiesto al Tribunale di Roma di dichiarare l'estinzione *ex lege* del giudizio, ai sensi del richiamato art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022. Gli attori, invece, insistevano per la prosecuzione della procedura esecutiva, previa declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma. Con ordinanza del 1° dicembre 2022¹⁶, il Tribunale di Roma ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022, come

¹⁴ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, istanza di indicazione di misure cautelari, ordinanza n. 183 del 10 maggio 2022, p. 3.

¹⁵ L'esecutività della sentenza greca è stata riconosciuta in Italia con decreto 13 giugno 2006, n. 5965 della Corte d'Appello di Firenze (rep. n. 1648/2006, depositato il 15 giugno 2006), confermato, su opposizione, dalla stessa Corte con sentenza 21 ottobre 2008, n. 1696 (depositata il 25 novembre 2008) e successivamente dalla Corte di cassazione, sez. I civ., con sentenza 12 gennaio 2011, n. 11163 (depositata il 20 maggio 2011).

¹⁶ Reg. ord. n. 154 del 2022, in *Gazzetta Ufficiale*, a. 164, n. 1, 4 gennaio 2023, prima serie speciale, p. 23 ss.

convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, in relazione agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost.¹⁷.

4. Le questioni di legittimità costituzionale che definiscono il *thema decidendum*.

Una prima censura riguarda il diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), strumentale in questo caso a far valere in giudizio gravi violazioni della dignità umana (art. 2 Cost.). Tali parametri, riconosciuti dalla stessa Corte costituzionale come supremi principi dell'ordinamento nella già citata sentenza n. 238/2014, sarebbero lesi nei confronti delle vittime di crimini internazionali, commessi in territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani (c.d. *creditori italiani*) dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945. A costoro, infatti, l'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 nega definitivamente l'accesso alla tutela esecutiva, requisito fondamentale di una tutela giurisdizionale effettiva¹⁸.

Ad avviso del giudice rimettente, tale sacrificio, pur riguardando un diritto suscettibile di compressioni, non sarebbe proporzionato, in quanto non adeguatamente bilanciato dall'ammissione dei creditori al rimedio alternativo, amministrativo e non giurisdizionale, rappresentato dall'accesso al Fondo istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Ciò, in quanto, nelle more dell'adozione della disciplina attuativa, che avrebbe dovuto avvenire entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge n. 36/2022¹⁹, risalente al 1° maggio 2022 (sicché il termine è scaduto il 1° dicembre successivo), mancherebbe una disciplina che definisca il procedimento amministrativo, l'entità effettiva del futuro ristoro e le modalità di erogazione di quanto riconosciuto.

In secondo luogo, l'art. 43, c. 3, del decreto-legge sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., laddove, derogando al principio di uguaglianza sovrana degli Stati, introdurrebbe un trattamento di favore per la sola Germania, quando questa si trovi ad assumere la veste di

¹⁷ Per un commento dell'ordinanza di rinvio a G. Berrino, *Quale effettività della tutela giurisdizionale nel caso Germania c. Italia? L'art. 43 del d.l. n. 36/2022 come 'rimedio' costituzionalmente legittimo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, n. 1/2023, pp. 201-232, p. 212 ss.; P. Caroli, *Sollevata la questione di costituzionalità della norma istitutiva di un Fondo (italiano) per le vittime dei crimini nazisti*, in *Sistemapenale.it*, 23 febbraio 2023.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenze n. 225 del 2018, n. 304 del 2011, n. 522 del 2002 e n. 419 del 1995.

¹⁹ Ma si tratta con ogni evidenza di un termine meramente ordinatorio, la cui violazione non ha conseguenze dirette.

debitore convenuto esecutato. Specularmente, tale regime di *ius singulare* si rifletterebbe in modo pregiudizievole su coloro che, per ventura, si trovino ad essere creditori di tale Stato, con evidente disparità di trattamento, censurabile *ex art. 3 Cost.*, rispetto alla posizione di chi vanti un analogo titolo esecutivo nei confronti di qualsiasi altro Paese. Allo stesso modo, si configurerebbe una lesione dell'art. 111 Cost., nella misura in cui la privazione definitiva della tutela esecutiva travolgerebbe retroattivamente procedimenti già avviati e pendenti, determinando uno sbilanciamento unilaterale in favore della parte esecutata, che il meccanismo del Fondo non sarebbe in grado di bilanciare per le ragioni già richiamate.

Infine, la normativa sottoposta al sindacato della Consulta – ad avviso del giudice rimettente – si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., laddove, paradossalmente, verrebbe a configurare un trattamento discriminatorio nei confronti dei creditori italiani rispetto alle vittime straniere che abbiano subito un'analogha lesione all'estero (come quelle rappresentate dalla Regione Steréa Elláda). Soltanto queste ultime, infatti, non essendo ammesse al Fondo, continuerebbero ad accedere alla giurisdizione esecutiva.

5. Il contenuto della decisione.

Preliminarmente, la Consulta ha rigettato l'eccezione di inammissibilità delle questioni sollevate²⁰. Infatti, ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei ministri, l'immunità dello Stato tedesco dall'esecuzione avrebbe privato di giurisdizione il Tribunale di Roma e, per conseguenza, avrebbe caducato il requisito di rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate. A tale argomentazione, la Corte costituzionale ha correttamente obiettato che la norma consuetudinaria sull'immunità dall'esecuzione, operante *ex art. 10, c. 1, Cost.*, non incide sulla giurisdizione del giudice nazionale competente nel processo esecutivo, limitandosi piuttosto a vietare che beni destinati all'esercizio di funzioni pubblicistiche siano sottoposti a misure esecutive²¹. Inoltre, a conferma della rilevanza delle questioni sollevate, vale l'argomento assorbente per cui l'effetto estintivo previsto dall'art. 43, c. 3, del decreto-

²⁰ Cfr. la sentenza qui in commento, capo 3 del Considerato in diritto.

²¹ Cfr. *ivi*, capi 3.1-3.2 del Considerato in diritto.

legge n. 36/2022 si produce per tutti i procedimenti, indipendentemente dalla natura, pubblicistica o meno, dei beni oggetto di pignoramento²². Non può esservi dunque dubbio alcuno sul fatto che dalla validità di tale disposizione, di cui non è possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata, dipenda la possibile estinzione del procedimento principale²³.

Nel merito, occorre premettere sin da subito che la Corte costituzionale ha rigettato tutte le questioni sollevate. Quanto alle censure presentate in relazione agli artt. 2 e 24 Cost., la Consulta ha rilevato che, con l'art. 43 del decreto-legge n. 36/2022, il legislatore ha inteso bilanciare due opposte esigenze, entrambe di rilievo costituzionale e ormai da tempo in tensione: l'apertura internazionalistica della Costituzione italiana, da un lato, e il diritto delle vittime alla riparazione dei danni derivanti da gravi violazioni dei diritti umani, dall'altro.

Per quanto concerne il primo aspetto, è sorta la necessità per il legislatore di garantire tanto la stabilità delle relazioni internazionali (art. 11 Cost.), cercando di risolvere l'annosa controversia aperta con la Germania, la quale, al momento dell'emanazione del decreto-legge, aveva appena presentato un nuovo ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, quanto il rispetto del diritto internazionale (artt. 10 e 117 Cost.); segnatamente, della norma consuetudinaria sull'immunità dall'esecuzione e dell'Accordo di Bonn concluso tra Italia e Germania il 2 giugno 1961²⁴. Attraverso tale accordo, infatti, la Germania si era impegnata a versare 40 milioni di marchi tedeschi in favore delle vittime dei crimini commessi dalle forze del Terzo Reich²⁵, mentre il Governo italiano aveva riconosciuto che così «sono definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica italiana, o di persone fisiche o giuridiche italiane, ancora pendenti nei confronti della [...Germania...], purché derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945», impegnandosi a tenere «indenne la [...] Germania [...] da ogni eventuale azione o altra pretesa legale da parte di persone fisiche o giuridiche italiane per le rivendicazioni e richieste suddette»²⁶.

²² Cfr. *ivi*, capo 3.3 del Considerato in diritto.

²³ Si veda l'ordinanza di rimessione, cit. *supra* nt. 16, p. 5.

²⁴ Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale di Germania per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario con scambi di note, concluso a Bonn il 2 giugno 1961 (d'ora innanzi "Accordo di Bonn"), reso esecutivo con DPR 14 aprile 1962, n. 1263, in *Gazzetta Ufficiale*, a. 103, n. 214, 25 agosto 1962, p. 3443 ss.

²⁵ Art. 1 dell'Accordo di Bonn.

²⁶ Art. 2, par. 1-2, dell'Accordo di Bonn.

Ciò nonostante, a dispetto delle ampie formule impiegate nel testo, laddove si fa riferimento a «tutte le rivendicazioni e richieste» e a «ogni eventuale azione o altra pretesa legale»²⁷, nella giurisprudenza italiana è prevalsa l'interpretazione secondo cui l'obbligo di tenere indenne la Germania valesse esclusivamente per i procedimenti pendenti al momento della conclusione dell'Accordo²⁸.

Passando al secondo aspetto, relativo al diritto di azione in giudizio per far accertare gravi violazioni dei diritti umani, la Consulta ne ha ribadito l'importanza fondamentale affermata nella sentenza n. 238/2014, quanto alla giurisdizione di cognizione, e ha dato altresì atto che il processo esecutivo, sacrificato dall'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022, costituisce parte integrante e presupposto indefettibile per l'esercizio effettivo del diritto di azione, in conformità alla propria giurisprudenza consolidata²⁹.

In questo quadro composito, ad avviso dei giudici costituzionali, il legislatore è intervenuto in vista di un duplice obiettivo. Da un lato, questi ha inteso provvedere al ristoro dei danni subiti dalle vittime delle forze del Terzo Reich. Dall'altro lato, ha voluto «assicura[re] continuità» – non se ne fa una questione di rispetto o osservanza, si badi bene³⁰ – all'Accordo di Bonn, come si evince espressamente dall'art. 43, c. 1, del decreto-legge n. 36/2022 e implicitamente si deduce dall'art. 43, c. 4, lett. b), dove si prevede che dal danno

²⁷ Nel senso che l'Accordo di Bonn avesse una portata ben più ampia di quella affermata dalla giurisprudenza italiana si veda G. Gaja, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 101, n. 4/2018, pp. 1035-1051, p. 1045.

²⁸ Cfr. Corte di cassazione, sez. I pen., sentenza 13 gennaio 2009, n. 1072, resa nel caso *Milde*, capo 8 dei Motivi della decisione.

²⁹ Cfr. Corte cost., sentenze n. 225 del 2018, n. 304 del 2011, n. 522 del 2002, n. 419 del 1995. In questa stessa ottica, nel periodo emergenziale da COVID-19, la Corte costituzionale ha censurato la scelta del legislatore di sospendere oltremodo le procedure esecutive in corso, al fine di assicurare tutela al debitore moroso e al diritto all'abitazione: cfr. Corte cost., sentenze n. 128 del 2021, n. 87 e n. 228 del 2022.

³⁰ Tuttavia, il comunicato con cui la stessa Consulta ha sintetizzato il contenuto della decisione afferma espressamente che «la disposizione censurata realizza un non irragionevole equilibrio tra la tutela giurisdizionale di chi abbia ottenuto una sentenza passata in giudicato e l'obbligo del rispetto dell'Accordo di Bonn del 1961 sugli indennizzi spettanti alle vittime dei crimini di guerra» (corsivo aggiunto). D'altra parte, alcuni autori avevano già opportunamente dimostrato, attraverso un'analisi degli atti collegati al decreto-legge, come l'istituzione del Fondo fosse legata all'esigenza, avvertita dal legislatore, di assicurare il rispetto di un vero e proprio obbligo internazionale, derivante dall'art. 2, par. 2, dell'Accordo di Bonn. Sul punto si veda R. Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *Questions of International Law, Zoom-in* 94, 2022, pp. 19-40, p. 24. Così anche A. Bufalini, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes and the International Court of Justice: Between Compliance and Dispute Settlement*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2023; G. Berrino, *Il «ristoro»*, cit., p. 831; G. Boggero, *Il Governo italiano*, cit.; L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy*, cit. Rispetto all'interpretazione dell'Accordo di Bonn emerge un generale avvicinamento tra la posizione difesa dalla Germania e quella italiana. È quindi plausibile che la formula ambigua prescelta dal legislatore italiano, e ripresa nella sentenza n. 159/2023, sia stata utilizzata per non smentire apertamente l'orientamento assunto in precedenza dalla Corte di cassazione e difeso dall'Italia nel procedimento dinanzi alla Corte internazionale di giustizia che ha portato alla decisione del 2012.

risarcibile vanno «detratte le somme eventualmente già ricevute dalla Repubblica italiana a titolo di benefici o indennizzi ai sensi [...] del decreto del Presidente della Repubblica 6 ottobre 1963, n. 2043», il quale, appunto, ha disciplinato la ripartizione delle somme versate dalla Germania in esecuzione dell'Accordo di Bonn.

L'istituzione del Fondo per il ristoro dei danni derivati dai crimini commessi dalla Germania nazista è stata quindi la strada prescelta dal Governo italiano, per realizzare questi obiettivi. L'idea per cui la soluzione all'*impasse* derivante dalla necessità di conciliare opposte esigenze dovesse essere individuata in un rimedio equivalente alla tutela giurisdizionale era stata suggerita dalla migliore dottrina internazionalistica, ormai da lungo tempo³¹. Come contropartita, l'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 rimuove il diritto di azionare un processo esecutivo, prevedendo che le sentenze di condanna sono adesso da eseguire esclusivamente sul Fondo e che non possono essere iniziate o proseguite procedure esecutive contro la Germania, così che quelle eventualmente intraprese sono estinte *ex lege*.

Tale scelta è stata giudicata non irragionevole dalla Corte costituzionale. In primo luogo, non sarebbe la prima volta che il legislatore sacrifica la tutela esecutiva per ragioni di interesse generale: già in passato la Consulta ha avuto modo di chiarire che la realizzazione dei diritti oggetto di procedure esecutive estinte *ex lege* ben può avvenire attraverso rimedi diversi³² e che, quando la legge estingue procedimenti pendenti, l'interferenza può essere considerata legittima, se la stessa legge provvede a soddisfare le ragioni fatte valere nei giudizi in questione³³.

Inoltre, secondo la Corte costituzionale, diversamente da quanto affermato dal giudice

³¹ Così P. Palchetti, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *Questions of International Law*, Zoom out II, 2014, pp. 44-47, p. 47; A. Tanzi, *Un difficile dialogo*, cit., p. 34; F. Francioni, *Access to Justice and Its Pitfalls*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n. 3/2016, pp. 629-636, p. 635 s.; G. Gaja, *Alternative ai controlimiti*, cit., pp. 1044-1045. L'idea per cui il principio fondamentale della tutela giurisdizionale è sacrificabile in presenza di un rimedio equivalente è originariamente sorta non in relazione alle immunità dello Stato ma a quelle delle organizzazioni internazionali e degli agenti diplomatici e solo successivamente è stata recuperata in chiave analogica. Sul secondo aspetto si vedano L. Condorelli, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 24, n. 1/1979, pp. 455-462; A. Tanzi, *L'immunità della giurisdizione degli agenti diplomatici*, Padova, CEDAM, 1991, pp. 186 e 190-192. Sul criterio del rimedio per equivalente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sviluppato principalmente con riguardo alle immunità delle organizzazioni internazionali, si vedano i casi *Waite e Kennedy c. Germania*, 18 febbraio 1999, par. 67-68 e 73; *Beer e Regan c. Germania*, 18 febbraio 1999, par. 57-58 e 63; *Gasparini c. Italia e Belgio*, 12 maggio 2009, pp. 5-7. Si veda inoltre *Naletilić c. Croazia*, 4 maggio 2000, par. 1, lett. b) dove il criterio dell'equivalenza è impiegato per valutare altri aspetti relativi alle garanzie del giusto processo.

³² Cfr. Corte cost., sentenze n. 364 del 2007 e n. 277 del 2012.

³³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 103 del 1995, ma si veda anche la sentenza n. 185 del 1981.

rimettente e dalle parti intervenute nel giudizio di costituzionalità, il Fondo rappresenta un rimedio esecutivo delle sentenze passate in giudicato, alternativo alla tutela giudiziale, trattandosi di un procedimento amministrativo, e pienamente efficace.

Il 28 giugno 2023, infatti, è stato adottato il decreto interministeriale che regola la procedura di accesso al Fondo e le modalità di erogazione degli importi, rendendo l'intero meccanismo definitivamente operativo. In proposito, occorre innanzitutto notare che, ai sensi dell'art. 43, c. 2, del decreto-legge n. 36/2022³⁴, il Fondo copre sia il diritto al risarcimento sia le spese processuali liquidate. È quindi da escludersi la possibilità di rimodulazione quantitativa degli importi da parte della Direzione competente del Fondo, adombrata dalle parti. Ciò determina che lo Stato italiano si sostituisce pienamente allo Stato tedesco quale convenuto esecutato, in una sorta di espromissione con effetti liberatori dell'originario debitore, operanti *ex lege* in luogo del consenso (assente) del creditore. Inoltre, vengono aggirati i rischi insiti nel processo esecutivo azionato contro uno Stato estero e connessi all'immunità dall'esecuzione, essendo piuttosto difficile individuare beni stranieri pignorabili, come l'esperienza del processo *a quo* perfettamente testimonia, tenuto anche conto dell'ampia discrezionalità che la legge 10 novembre 2014, n. 162 garantisce ai capi delle missioni diplomatiche nel dichiarare sottoposti a vincolo pubblicistico i conti correnti, in modo da sottrarli a misure coercitive nello Stato del foro³⁵. Infine, con circa 55.000.000 di euro già stanziati³⁶, il meccanismo presenta sufficienti garanzie di capienza e celerità, considerato che, in base alla disciplina attuativa, il pagamento del *dovutum* deve essere effettuato, in un'unica soluzione, entro il termine di 180 giorni dalla presentazione della domanda di ammissione al Fondo³⁷, certamente più breve della durata media di un qualsiasi procedimento esecutivo in Italia. Tale versamento estingue ogni pretesa

³⁴ Così anche l'art. 2, c. 2, del decreto interministeriale del 28 giugno 2023.

³⁵ Si tratta di un altro elemento di particolare criticità, che, nel rendere non aggredibili i conti correnti degli Stati stranieri, amplia fortemente la sfera dell'immunità dall'esecuzione, rendendo puramente astratta la nozione di immunità ristretta fondata sulla distinzione (e quindi sulla distinguibilità) tra beni destinati all'esercizio di prerogative sovrane e beni che invece sono funzionali ad attività *iure gestionis*. Sebbene la questione certamente non rientrasse nel *thema decidendum* del caso, la Corte costituzionale non ha colto l'occasione per evidenziare la problematicità di tale disciplina. Sul punto si rinvia a B. Conforti, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 98, n. 2/2015, pp. 558-561.

³⁶ L'art. 11-*quater* della legge 24 febbraio 2023, n. 14, di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, recante *Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*, ha incrementato la copertura del Fondo prevedendo che, ferma restando la cifra di 20.000.000 di euro per l'anno 2023, gli stanziamenti per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026 passassero da 11.808.000 a 13.655.467 euro.

³⁷ Cfr. art. 4, c. 3, del decreto interministeriale del 28 giugno 2023.

risarcitoria derivante dagli stessi fatti³⁸.

La Corte costituzionale ha quindi concluso che il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento tra i diversi valori costituzionali in gioco³⁹, attraverso una norma che i giudici non hanno esitato – e a ragione – a definire «virtuosa, anche se onerosa [per lo Stato italiano]»⁴⁰, che ha assunto su di sé l'obbligazione risarcitoria accertata in sede di cognizione in favore delle vittime.

Quanto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo agli artt. 3 e 111 Cost., il regime differenziato che investe i creditori dipende dal trattamento di favore che l'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 garantisce alla Germania, tuttavia esso sarebbe giustificato, sotto il profilo della ragionevolezza, più che dalla volontà di derogare al principio di uguaglianza sovrana degli Stati dal dato per cui solo con lo Stato tedesco l'Italia ha a suo tempo concluso l'Accordo di Bonn, di cui occorre adesso «assicura[re] la continuità», in modo da porre fine all'annoso contenzioso che si è aperto con tale Paese.

L'ultima questione che la Corte ha esaminato riguarda ancora l'art. 3 Cost. Ad avviso del giudice rimettente, l'art. 43, c. 3, riserverebbe ai creditori italiani un trattamento maggiormente pregiudizievole rispetto a quello accordato ai creditori stranieri (greci), assunti come *tertium comparationis*, ai quali, invece, non sarebbe inibito l'accesso alla procedura esecutiva. Sul punto la Corte si è limitata a rilevare che la censura del giudice rimettente, pur formalmente posta in relazione all'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2012, *come convertito*, è stata tuttavia erroneamente articolata in base al testo precedente alle modifiche intervenute in sede di conversione (ma prima dell'adozione dell'ordinanza di rimessione). Queste ultime, infatti, non lasciano spazio a dubbi circa il fatto che anche ai creditori in possesso di titoli derivanti da sentenze straniere è inibito azionare processi esecutivi. In altre parole, visti dalla prospettiva della privazione della tutela esecutiva, creditori italiani e stranieri si trovano nella stessa identica posizione.

³⁸ Cfr. art. 43, c. 5, del decreto-legge n. 36/2022 e art. 4, c. 5, del decreto interministeriale del 28 giugno 2023.

³⁹ Cfr. la sentenza qui in commento, capo 13 del Considerato in diritto.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, capo 11 del Considerato in diritto.

6. Considerazioni critiche: il rapporto con la sentenza n. 238/2014 tra profili di continuità e di discontinuità.

Con la sentenza n. 159/2023, la Consulta ha affermato la piena legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 nella parte in cui sacrifica il diritto alla tutela esecutiva dei creditori italiani, ammettendoli al Fondo per le vittime istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze quale rimedio alternativo ma equivalente, di natura amministrativa e non giurisdizionale. Correttamente, i giudici hanno affermato che nessun diritto può diventare «tiranno» sugli altri, in modo da prevalere in assoluto⁴¹.

Questo approdo non può che essere valutato prendendo come banco di prova, da un lato, la precedente sentenza emessa nel 2014 dalla stessa Corte, compresa la questione ad essa connessa dell'accesso alla giustizia da parte di creditori stranieri, e, dall'altra, la controversia *Germania c. Italia (II)*, che sul giudizio costituzionale proiettava la propria ombra, pur restando temporaneamente sullo sfondo.

Sul primo versante, occorre innanzitutto sottolineare che, rispetto alla rigidità mostrata nel 2014, in quest'occasione la Corte costituzionale ha adottato un approccio più flessibile. Nella sentenza n. 238, infatti, nell'accordare assoluta prevalenza al diritto di azione in giudizio sulla norma internazionale relativa all'immunità dalla giurisdizione di cognizione, la Corte ha seguito un percorso argomentativo fondato sulla collisione tra ordinamenti. Essa ha così evitato ogni riferimento allo schema del bilanciamento e della protezione equivalente⁴², non lasciando spazio alcuno per rimedi (non giudiziali) alternativi alla tutela giurisdizionale di cognizione, che potessero comunque soddisfare i valori sanciti dagli artt. 2 e 24 Cost.⁴³.

Nella sentenza in esame, invece, la Consulta non esita a bilanciare, in presenza di un rimedio equivalente, la tutela giudiziale esecutiva con interessi di rilievo internazionalistico, come allora non era stata disposta a fare con la tutela di cognizione⁴⁴.

⁴¹ L'espressione «diritto tiranno» è qui ripresa da Corte cost., sentenza 9 maggio 2013 n. 85, in cui la Consulta ha affermato, con riguardo alla tutela ambientale, che ogni diritto è astrattamente suscettibile di essere bilanciato con altri interessi di rilievo costituzionale.

⁴² P. De Sena, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in *SIDIBlog*, 30 ottobre 2014. Peraltro, l'autore osserva che anche il bilanciamento dei diversi interessi in gioco non avrebbe potuto condurre, nel 2014, ad esito diverso da quello affermato dalla Corte.

⁴³ P. Palchetti, *Judgment 238/2014*, cit., p. 44, dove l'autore nota che «[i]t would be vain to search in the judgment for an answer to the question of whether, and to what extent, a sacrifice to the right of jurisdictional protection would be justified if alternative, non-judicial means of redress were available to the victims».

⁴⁴ P. De Sena, *Spunti di riflessione*, cit.

Un primo elemento di novità rispetto al passato può quindi cogliersi sul piano del metodo, nel senso che adesso la Corte introduce espressamente nella materia *de qua* tecniche argomentative più flessibili come lo schema del bilanciamento e quello della soddisfazione per equivalente, che aveva ommesso di considerare in precedenza. Su di un piano di merito, tuttavia, tale approdo non costituisce una divaricazione rispetto al precedente del 2014. In primo luogo, la questione su cui la Corte è chiamata a giudicare attiene ora al sacrificio della sola tutela esecutiva e non all'accesso alla giurisdizione di cognizione, il cui carattere indefettibile non solo non è posto in discussione, ma anzi è assunto come base del ragionamento. In secondo luogo, risulta ora concretamente disponibile ed effettivo quel rimedio alternativo che la Corte ha ritenuto assente nel 2014. In quell'occasione i giudici non hanno confidato nell'efficacia dello strumento diplomatico del negoziato, invocato alla Corte internazionale di giustizia, né hanno ritenuto di sollecitare il legislatore attraverso una sentenza monito, come pure alcuni autori avevano suggerito⁴⁵, affinché questi assumesse un impegno effettivo sul piano negoziale o apprestasse un rimedio equivalente. In secondo luogo, la Consulta ha posto a bilanciamento il diritto delle vittime alla riparazione con interessi internazionalistici come prevenire ogni rischio di violazione della norma consuetudinaria sull'immunità dall'esecuzione (art. 10 Cost.), garantire la stabilità delle relazioni internazionali (art. 11 Cost.) e, a livello pattizio, assicurare pieno rispetto all'Accordo di Bonn (art. 117 Cost.). In questo quadro, tuttavia, piuttosto singolare appare l'assenza di un riferimento all'obbligo convenzionale, *ex art.* 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, di assicurare l'esecuzione della sentenza emessa nel 2012 dalla Corte internazionale di giustizia, come pure gli artt. 11 e 117 Cost. imporrebbero. Tale omissione è facilmente spiegabile. La sentenza del 2012 imponeva all'Italia di rimediare alle violazioni dell'immunità tedesca e, in particolare, a quelle relative all'immunità dalla giurisdizione di cognizione, mentre l'accesso al Fondo presuppone l'esistenza di un titolo esecutivo giudiziale evidentemente formatosi in violazione di tale norma. In terzo luogo, la Corte costituzionale ha avuto modo di tornare sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, riaffermando la piena validità della sentenza n. 238/2014 e

⁴⁵ D. Russo, *Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della Costituzione al vaglio della Corte costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2014, p. 11.

della dottrina dei controlimiti⁴⁶. A tale riguardo, tuttavia, non può non sorprendere che i giudici abbiano, sì, rivendicato la propria pronuncia del 2014, ma solo nella sua dimensione negativa, quale affermazione dell'esistenza di controlimiti all'applicazione del diritto internazionale, e non anche in quella positiva intesa a promuovere un cambiamento del diritto consuetudinario, come accertato dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012⁴⁷. La Consulta, infatti, non ha neanche sfiorato uno dei temi fondamentali che, a suo tempo, aveva legittimato, sul piano ideologico, almeno agli occhi di una parte della dottrina, la decisione radicale assunta nel 2014⁴⁸. Ci si riferisce all'obiettivo, allora affermato con enfasi dalla Corte, di voler «produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della [...] norma [consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione], limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale»⁴⁹. Sul punto la Corte si è mossa come se non fossero trascorsi dieci anni da quando ha lanciato quella sfida titanica, non ha effettuato un bilancio, anche solo provvisorio, e non ha preso parola sul seguito, ampio o scarso lo si consideri, che la decisione del 2014 ha sortito dinanzi alle corti interne di altri Stati⁵⁰. Tale sorpresa si

⁴⁶ Cfr. la sentenza qui in commento, rispettivamente capo 3.1 e capo 3.2 del Considerato in diritto. Peraltro, relativamente all'autorità interpretativa delle sentenze della Corte internazionale di giustizia, la Consulta ha voluto ribadire di escludere la possibilità di sindacare l'interpretazione che il giudice internazionale abbia offerto del diritto internazionale, e segnatamente della norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione. Anche per questa parte la decisione è in linea con la sentenza n. 238/2014 (cfr. capo 3.1 del Considerato in diritto).

⁴⁷ Sulla distinzione tra funzione positiva (promozionale) e negativa della sentenza n. 238/2014 rispetto al diritto internazionale consuetudinario si veda D. Amoroso, *Italy*, cit., pp. 208-209.

⁴⁸ Per una lettura critica circa la capacità della sentenza n. 238/2014 di contribuire effettivamente, al di là delle sue dichiarate ambizioni, all'evoluzione della norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione si vedano F. Fontanelli, *Damage-assessment on the building of international law after the Italian Constitutional Court's decision no. 238 of 2014: no structural damage, just wear and tear*, in *VerfassungBlog*, 15 dicembre 2014; C. Focarelli, *State Immunity and Serious Violations of Human Rights. Judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 1, n. 1/2021, pp. 29-58; C.J. Tams, *A Dangerous Last Line of Defence: Or, A Roman Court Goes Lutheran*, in V. Volpe, A. Peters e S. Battini (eds.), *Remedies against Immunity?*, cit., pp. 237-258, p. 248 ss. Nel senso opposto si veda T. Scovazzi, *Come se non esistesse*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 104, n. 1/2021, pp. 167-181, p. 180.

⁴⁹ Sentenza n. 238/2014, capo 3.3 del Considerato in diritto.

⁵⁰ Ci si riferisce alle due decisioni: Supremo Tribunal Federal (brasiliiano), *Changri-la*, sentenza del 23 agosto 2021 e Seoul Central District Court, 34th Civil Chamber, *Hee Nam Yoo v. Japan*, sentenza del 8 gennaio 2021, caso No. 2016 Ga-Hap 505092. Con riguardo alla prima decisione, occorre rilevare che il diniego dell'immunità si fonda sulla *territorial tort exception* il cui ambito di applicazione è più ristretto di quello del principio affermato nella sentenza n. 238/2014. Sul punto si veda E. Cavalcanti de Mello Filho, *Karla Christina Azeredo Venâncio Da Costa and Others v. Federal Republic of Germany*, in *American Journal of International Law*, vol. 117, n. 2/2023, pp. 309-315; L.C. Lima e A. Tuffi Saliba, *The Immunity Saga Reaches Latin America. The Changri-la Case*, in *EJIL:Talk!*, 2 dicembre 2021. Per un commento della sentenza coreana si rinvia a M. Gervasi, *Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle «donne di conforto»*, in *Rivista di diritto internazionale*,

accresce ulteriormente se si osserva come questo aspetto fosse stato espressamente invocato, seppur con opposte vedute, tanto dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui nessun sviluppo evolutivo si è realizzato, quanto dal Gruppo di sopravvissuti e di familiari vittime della strage di Mommio 4-5 maggio 1944, che, intervenuto in veste di *amicus curiae*, ha indicato nel precedente «una scelta giusta, anche sul piano morale».

Un'ultima notazione riguarda la tutela esecutiva, che, diversamente da quella di cognizione, la Corte sottrae dall'ambito di copertura rafforzata dei controlimiti. Specularmente, i giudici evidenziano che la norma consuetudinaria sull'immunità dall'esecuzione viene regolarmente recepita nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 10, c. 1, Cost., non incontrando ostacoli di sorta nei principi fondamentali della Costituzione, neanche quando l'esecuzione forzata sia azionata sulla base di un titolo derivante da sentenza di condanna alla riparazione di gravi violazioni dei diritti umani⁵¹, considerato che è astrattamente sempre possibile aggredire un bene dello Stato straniero adibito ad uso commerciale e non funzionale all'esercizio di prerogative sovrane.

vol. 105, n. 1/2022, pp. 167-180. Peraltro, la sentenza è stata successivamente contraddetta da un'altra decisione della stessa Corte coreana, che, in un caso analogo, ha confermato l'immunità del Giappone. Sul punto si veda M. Yadav, *South Korea court dismisses suit for compensation by victims of Japanese occupation sexual slavery*, in *Jurist*, 23 aprile 2021. In considerazione dell'esiguità di questa prassi è stato giustamente sostenuto che “Judgment no 238’s ambition to produce changes in the law of State immunity is unlikely to be realized” (P. Rossi, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment no 238/2014*, in *Questions of International Law*, Zoom-in 94, 2022, pp. 41-57, p. 55. Più possibilista appare la lettura che di questa prassi da A. Fazzini, *The evolution of the State Immunity Law in the light of the case Germany v. Italy (2): Where do we stand?*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, vol. 19, n. 1/2023.

⁵¹ A conferma di tale impostazione, la Corte costituzionale ha richiamato la sentenza 8 giugno 2018, n. 14885, con cui la Corte di cassazione, sez. III civ., ha escluso la pignorabilità di Villa Vigoni nel caso *Regione Sterea Elláda c. Presidenza del Consiglio dei ministri e Repubblica federale di Germania*. Per un commento della sentenza si veda O. Lopes Pegna, *Giù le mani da Villa Vigoni. Quale tutela “effettiva” per le vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 101, n. 4/2018, pp. 1237-1245. Nel senso che la sentenza n. 238/2014 non travolge anche la norma consuetudinaria sull'immunità dall'esecuzione si vedano P. Pustorino, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell'ottica della giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, n. 1/2015, pp. 51-60, p. 52; G. Berrino, *La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 103, n. 3/2020, pp. 844-858, p. 851 ss. Ma si veda *contra* l'opinione minoritaria di L. Baiada, *Ancora sull'esecuzione su beni di Stato estero*, in *Questione giustizia*, 20 settembre 2019, dove l'autore, commentando un passaggio di Corte di cassazione, sez. III civ., sentenza 25 giugno 2019, n. 21995, par. 22-23, argomenta nel senso che gli effetti della sentenza n. 238/2014 si applicano anche alla norma sull'immunità dall'esecuzione.

7. *Segue: il problema dei creditori stranieri.*

Vi è poi un ulteriore aspetto da segnalare. Per una grave svista, che l'ha condotto a basarsi sul testo precedente alle modifiche intervenute in sede di conversione, il giudice rimettente ha erroneamente prospettato che l'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2012 comportasse una discriminazione ai danni dei creditori italiani, censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost., nella convinzione che soltanto i creditori stranieri potessero continuare ad accedere alla giurisdizione esecutiva. Così non è, come si è avuto modo di evidenziare sopra. Semmai, può essere vera l'interpretazione opposta: la privazione del processo esecutivo può risultare ragionevole nei confronti dei creditori italiani, ammessi al rimedio alternativo del Fondo, mentre analoga conclusione non è possibile nei riguardi dei creditori stranieri, cui sono negate entrambe le tutele.

Volendo speculare sul punto, non è difficile scorgere che, se la loro non ammissione al Fondo potrebbe risultare legittima, non essendo immaginabile che la sola Italia si faccia carico, a prescindere dai criteri di territorialità delle violazioni e cittadinanza passiva delle vittime, del risarcimento dei danni derivanti da crimini commessi dalle forze del Terzo Reich, ovunque nel mondo e nei confronti di chicchessia, è davvero difficile comprendere su quali basi giuridiche si possa giustificare il diniego della tutela esecutiva esclusivamente nei confronti di creditori stranieri dello Stato tedesco, la cui pretesa si fonda su *delicta imperii* risalenti al periodo 1939-1945. Emerge, infatti, una netta asimmetria tra la posizione di favore di cui gode la Germania, per effetto del decreto-legge n. 36/2022, rispetto a quella di altri Stati, non europei e politicamente meno vicini all'Italia, nei confronti dei quali, salvo il rispetto dell'immunità dall'esecuzione (per i beni ad uso pubblicistico), l'ordinamento italiano non pone alcuno scudo di portata generale all'esecuzione di sentenze di condanna. Tale asimmetria si riflette negativamente non solo sul principio di uguaglianza sovrana degli Stati ma anche sulla posizione delle vittime straniere di gravi violazioni dei diritti umani, la cui legittima aspirazione alla riparazione dei danni subiti viene subordinata all'identità dello Stato convenuto esecutato. Infatti, se le vittime di nazionalità greca, in possesso di una sentenza di condanna nei confronti della Germania, possono chiederne il riconoscimento dell'esecutività in Italia, in omaggio al principio internazional-privatistico della circolazione delle decisioni straniere, ma non possono più azionare validamente in giudizio il titolo esecutivo così ottenuto, analogo

ostacolo non incontrano i creditori statunitensi dell'Iran, i cui titoli esecutivi sono perfettamente idonei ad avviare un processo esecutivo⁵². Tale disparità di trattamento, dalla prospettiva dell'individuo, potrebbe presentare profili di illiceità ai sensi dell'art. 3 Cost. e dell'art. 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU o Convenzione europea).

L'effetto distopico risulterà ancora maggiore, poi, se solo si tiene conto di due aspetti. In primo luogo, non è negata ai creditori stranieri della Germania la possibilità di chiedere il riconoscimento dell'esecutività delle sentenze straniere di condanna di cui siano in possesso. Ciò è senz'altro possibile sulla base della sentenza n. 238/2014⁵³, considerato che, quando il giudice italiano decide sul riconoscimento della sentenza straniera, questi deve verificare che il giudice straniero che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 64, c. 1, lett. a), della legge 31 maggio 1995, n. 218⁵⁴. Tuttavia, se l'obiettivo prioritario perseguito dal legislatore italiano è quello della stabilità delle relazioni internazionali, nei termini sopra accennati, tale esito appare inverosimile nella misura in cui l'Italia comunque continuerebbe a trovarsi in una posizione di patente illiceità per violazione della immunità tedesca dalla giurisdizione di cognizione⁵⁵. D'altra parte, nella

⁵² Ci si riferisce ai titoli esecutivi derivanti dal riconoscimento dell'esecutività di sentenze straniere che hanno condannato l'Iran, quale sponsor del terrorismo, al risarcimento dei danni subiti dalle vittime: Corte di cassazione, sez. un. civ., *Flatow e altri c. Iran e Ministero dell'intelligence e della sicurezza dell'Iran*, sentenza 28 ottobre 2015, n. 21946, capo 4 del Considerato in diritto; *Eisenfeld e altri c. Iran e Ministero dell'intelligence e della sicurezza dell'Iran*, sentenza 28 ottobre 2015, n. 21947, capo 4 del Considerato in diritto. Per un commento di queste due decisioni si veda S. Forlati, *Judicial Decisions: Immunities*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 25/2015, pp. 497-509, in particolare pp. 505-506. Si veda poi Corte di cassazione, sez. I civ., *Stergiopoulos e altri c. Repubblica islamica dell'Iran, Banca centrale dell'Iran e altri enti pubblici iraniani*, ordinanza 10 dicembre 2021, n. 39391, su cui si rinvia ai commenti di G. Zarra, *Immunities: Recognition of Foreign Judicial Decisions Denying State Immunity for Terrorist Acts: What Role for the Public Policy Clause?*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 31/2022, pp. 436-442; D. Amoroso e R. Pavoni, *Stergiopoulos v. Iran. Order No. 39391/2021*, 105 *Rivista di diritto internazionale* 620 (2022), in *American Journal of International Law*, vol. 117, n. 2/2023, pp. 315-321; D. Greco, *Italy and the Enforcement of Foreign Judgments on Third States' Tort Liability for Sponsoring Terrorism. The Conundrum of Jurisdictional Immunity of Foreign States in the Presence of Serious Violations of Human Rights*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 2, n. 1/2022, pp. 123-139.

⁵³ Nel senso che i principi affermati nella sentenza n. 238/2014 si applicano ai giudizi per il riconoscimento delle sentenze straniere si vedano R. Pavoni, *How Broad is the Principle Upheld by the Italian Constitutional Court in Judgment No. 238?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, n. 3/2016, pp. 573-585; P. Rossi, *The Aftermath of the Italian Constitutional Court Judgment No. 238 of 2014 in Exequatur and Enforcement Proceedings*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28/2018, pp. 455-459; D. Greco, *Italy and the Enforcement of Foreign Judgments*, cit., p. 133.

⁵⁴ Pur essendo Italia e Grecia membri dell'Unione europea, nel caso di specie non può trovare applicazione il regolamento Bruxelles I-bis, che non si applica alla «responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)» (cfr. art. 1).

⁵⁵ Nel senso che il riconoscimento di sentenze straniere può importare una violazione della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione dello Stato condannato all'estero si vedano O. Lopes Pegna, *Breach on the Jurisdictional Immunity of a State by Declaring a Foreign Judgment Enforceable?*, in *Rivista*

sentenza del 2012, la Corte internazionale di giustizia ha statuito che «the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by declaring enforceable in Italy decisions of Greek courts based on violations of international humanitarian law committed in Greece by the German Reich»⁵⁶.

In secondo luogo, pare opportuno ricordare che il processo esecutivo è parte integrante della tutela giurisdizionale, non solo ai sensi dell'art. 24 Cost. – qui rafforzato dall'art. 2, stante il tipo di violazioni sottese all'esercizio del diritto di azione –, ma anche in base all'art. 117 Cost., come integrato dal parametro interposto di cui all'art. 6 CEDU, il quale copre anche la tutela esecutiva, requisito fondamentale di effettività del giusto processo⁵⁷.

In effetti, nell'ambito di un altro procedimento di esecuzione forzata attualmente pendente e promosso, nella forma dell'espromissione presso terzi, dalla Regione Steréa Elláda sui beni di un'impresa pubblica della Germania (Deutsche Bahn), il Tribunale di Roma, sez. III civ., ha prospettato l'incostituzionalità dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 nella parte in cui priva i creditori stranieri di ogni possibilità di vedere estinta l'obbligazione risarcitoria iscritta nel titolo esecutivo in loro possesso. Sicché, con ordinanza del 21 giugno 2023, ha invitato le parti a dedurre sul punto.

Ma anche qualora la Corte costituzionale, nuovamente interpellata, non dovesse ravvisare profili d'illegittimità, le vittime straniere (greche) potrebbero ricorrere alla Corte europea dei diritti umani, lamentando, questa volta, che il sacrificio del processo esecutivo mina l'effettività del diritto di accesso alla giustizia, quale corollario del giusto processo *ex art.* 6 CEDU. Tuttavia, non è così agevole immaginare l'esito di un eventuale ricorso. In passato, infatti, la Corte di Strasburgo ha mostrato una certa deferenza nei confronti della

di diritto internazionale, vol. 95, n. 4/2012, pp. 1074-1088 e N. Boschiero, *Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur for Foreign Judgments: A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in N. Boschiero, T. Scovazzi, C. Ragni e C. Pitea (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Bonn, Springer, 2013, pp. 781-824.

⁵⁶ Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 139, n. 3, e par. 126 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce, in particolare, a *Romańczyk v. France*, ricorso n. 7618/05, sentenza del 18 novembre 2010, par. 53; *Hornsby v. Greece*, ricorso n. 18335/7, sentenza del 19 marzo 1997, par. 40; *Di Pede v. Italy*, ricorso n. 15797/89, e *Zappia v. Italy*, ricorso n. 24295/94, sentenze del 26 settembre 1996, rispettivamente par. 20-24 e par. 16-20. Per la dottrina si vedano S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 175 s. Considerato che l'art. 6 CEDU costituisce una norma interposta ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., quest'ultimo avrebbe potuto essere assunto nel giudizio in esame quale autonomo parametro di costituzionalità dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022, come aveva correttamente rilevato la difesa di M.T. Giorgio: cfr. la sentenza qui in commento, capo 2 del Ritenuto in fatto.

norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale, come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia⁵⁸, anche quando ostacola l'accesso alla giustizia in casi che riguardano gravi violazioni dei diritti umani. Nei casi *Al-Adsani* e *Jones*, infatti, la Corte ha riconosciuto come compatibile con l'art. 6 CEDU il diniego di giustizia imposto dall'applicazione della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione⁵⁹.

Su questa base, due percorsi argomentativi, alternativi, appaiono possibili, tenendo presente che allora era il processo di cognizione ad essere sacrificato, mentre adesso la questione riguarderebbe *solo* la tutela esecutiva. Da un lato, si potrebbe argomentare che se la Convenzione europea tollera una compressione del diritto di accesso alla giustizia, nella misura in cui ciò sia necessario per conformarsi a norme di diritto internazionale pubblico come quella sull'immunità dalla giurisdizione, nel caso in cui uno Stato decida liberamente di consentire la proposizione di domande civili contro uno Stato estero, un principio di coerenza e tutela dell'affidamento gli impedirebbe di privare il creditore vittorioso della possibilità di accedere al processo esecutivo, senza con ciò minare l'effettività del diritto di azione in giudizio.

Di contro, si potrebbe obiettare che, se un diniego assoluto di giustizia è stato ritenuto compatibile con l'art. 6 CEDU, tale deve essere considerata, *a fortiori*, la scelta del legislatore italiano di impedire l'accesso al processo esecutivo sulla base di un titolo derivante da una sentenza straniera emessa (e riconosciuta in Italia) in violazione della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione della Germania. In tal senso, l'individuo che abbia beneficiato della violazione di tale norma (anche) da parte dello Stato del foro non potrebbe successivamente lamentare una lesione del proprio diritto di azione: *ex iniuria ius non oritur!*

⁵⁸ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Jones and Others v. the United Kingdom*, ricorsi n. 34356/06 e n. 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014, par. 198, dove, sulla base della decisione resa dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012 – «authoritative as regards the content of customary international law» –, la Corte ha ritenuto che il Regno Unito non avesse violato l'art. 6 CEDU nel riconoscere l'immunità giurisdizionale dell'Arabia Saudita.

⁵⁹ Si vedano Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, par. 54-55; *Karagelopoulos and Others v. Greece and Germany*, ricorso n. 59021/00, sentenza del 12 dicembre 2002, par. D.1.(a); *Jones and Others v. the United Kingdom*, cit., par. 188-189, dove i giudici hanno riconosciuto che la CEDU va interpretata alla luce del diritto internazionale pubblico, che garantire il rispetto della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione costituisce uno scopo legittimo e che, pertanto, quest'ultima vada ritenuta prevalente sul diritto di accesso alla giustizia ex art. 6, par. 1, CEDU. Sul punto, tuttavia, si vedano le considerazioni critiche di R. Pisillo Mazzeschi, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso "Jones" dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, n. 1/2014, pp. 215-224.

In questo contesto, è evidente come la questione dei creditori stranieri resti al momento insoluta e, dunque, possa dare adito a nuovi sviluppi, del tipo appena prospettato. Dinanzi a un tale scenario, tuttavia, sembrano prospettabili due vie d'uscita, le quali non saranno forse capaci di rimuovere tutte le contraddizioni evidenziate, ma potrebbero quanto meno semplificare il quadro generale. Tali ipotesi sono formulate assumendo come variabile indipendente lo stato della legislazione italiana delineato dal Governo e dalla Corte costituzionale, essendo improbabile che quest'ultima riveda i propri precedenti nel prossimo futuro.

Una prima soluzione, soddisfattiva, potrebbe passare per l'individuazione di un rimedio per equivalente anche in favore dei creditori stranieri, sul modello dell'istituto Fondo, casomai attraverso un ampliamento dei requisiti di accesso, ma da finanziare con risorse negoziate direttamente con la Grecia (e eventualmente con la Germania). In tal senso un'interlocuzione con lo Stato greco appare indispensabile in un'ottica di condivisione di responsabilità e collaborazione istituzionale tra i due Paesi.

Una seconda prospettiva da percorrere, di carattere tuttavia non soddisfattivo per le pretese dei creditori stranieri, potrebbe prevenire – ma solo per il futuro – il rischio di aggravare la posizione contraddittoria in cui l'Italia viene a trovarsi riconoscendo sentenze di condanna della Germania, in violazione della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, senza poi consentire alle vittime l'accesso al processo esecutivo. Non sembra impossibile, infatti, prospettare che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 43 del decreto-legge n. 36/2022, i principi che compongono l'ordine pubblico internazionale (sostanziale), da bilanciare secondo ragionevolezza in sede di riconoscimento dell'esecutività delle decisioni straniere⁶⁰, impediscano adesso di riconoscere le sentenze di condanna al risarcimento emesse all'estero nei confronti della Germania, sulla base di violazioni commesse dal Terzo Reich, tra il 1939 e il 1945, fuori del territorio italiano e ai danni di individui privi di nazionalità italiana.

In altre parole, se, stante la proiezione extraterritoriale della sentenza n. 238/2014, la valutazione circa il riconoscimento del provvedimento straniero può avere esito provvisoriamente positivo ai sensi dell'art. 64, c. 1, lett. a), della legge n. 218/1995, in quanto il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla

⁶⁰ G. Perlingieri e G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 81-85.

competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano, esito opposto potrebbe avere la verifica della compatibilità con l'ordine pubblico del foro, ai sensi della lett. g) della medesima disposizione. In questo caso occorre considerare che i principi di ordine pubblico internazionale rilevanti sono rappresentati dall'esigenza di assicurare tutela giudiziale ai diritti della persona umana (artt. 2 e 24 Cost.), da un lato, e dall'apertura internazionalistica dell'ordinamento italiano, dall'altro. Il secondo principio, se non può ricomprendere il valore internazionalistico sotteso alla norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, la cui importanza è ridimensionata dai controlimiti, come ricostruiti nella sentenza n. 238, può tuttavia coprire quanto meno la stabilità delle relazioni internazionali (art. 11 Cost.) e, soprattutto, la necessità di garantire l'osservanza del diritto pattizio (art. 117 Cost.). Nella fattispecie verrebbero in rilievo sia l'art. 2, par. 2, dell'Accordo di Bonn del 1961⁶¹ sia l'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite (quanto all'ineseguita sentenza del 2012, quale autonoma fonte di obblighi giuridici).

Orbene, non v'è dubbio che, nella prassi giurisprudenziale successiva al 2014, alla prima esigenza sia stata accordata un'importanza prevalente sulla seconda, ma ciò è avvenuto nella misura in cui sussisteva la ragionevole aspettativa che, a seguito del riconoscimento, il possessore del titolo derivante dalla sentenza straniera avrebbe potuto validamente azionare un processo esecutivo e quindi ottenere una tutela effettiva. Proprio tale prospettiva è venuta meno per effetto dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022, il quale ha rimosso la tutela esecutiva, quando ad essere convenuta eseguita sia la Germania per obbligazioni risarcitorie che trovano fondamento in illeciti avvenuti tra il 1939 e il 1945. In questo quadro, dinanzi alla sicura prospettiva che, in ragione della novella legislativa, il creditore straniero non possa accedere al processo esecutivo, il giudice competente per il riconoscimento potrebbe rivedere il bilanciamento dei valori sopra richiamati, in modo da assumere come prevalenti quelli che impongono l'osservanza del diritto internazionale e dichiarare la sentenza straniera non eseguibile per contrasto con l'ordine pubblico del foro. Come si diceva, tale soluzione può forse prevenire il rischio di incoerenza connesso al

⁶¹ L'Accordo di Bonn non si occupa del problema dei creditori stranieri, in quanto, ai sensi dell'art. 2, l'Italia si è impegnata a tenere indenne la Germania da pretese proprie o di «persone fisiche e giuridiche italiane». E esso, tuttavia, è rilevante in questo contesto solo come valore di massima, nel senso che si intende evitare che domande di risarcimento siano proposte contro la Germania. Difficilmente, infatti, nel 1961, i due Stati contraenti avrebbero potuto immaginare una prassi giudiziaria che riconosce sentenze straniere di condanna di uno Stato estero per *atti iure imperii*, sicché l'obbligo assunto con riguardo alle istanze di risarcimento italiane avrebbe dovuto astrattamente coprire ogni possibile fonte di rischio.

riconoscimento di decisioni straniere destinate a non poter trovare esecuzione, ma non risolve il problema relativo ai titoli che si siano già formati in Italia, con efficacia di giudicato, attraverso l'*exequatur* di sentenze straniere di condanna della Germania, che al momento giacciono in un limbo.

8. *Segue: il rapporto con la controversia Germania c. Italia (II).*

Se si guarda alla pronuncia in commento, o meglio al quadro normativo che ne risulta, dalla prospettiva della controversia tra Germania e Italia, da più di un anno nuovamente pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, emergono diverse indicazioni utili. Innanzitutto, il Governo italiano e la stessa Germania possono tirare un sospiro di sollievo, considerato che il decreto-legge oggetto del sindacato della Corte costituzionale rappresenta il principale tassello con cui, dopo la rottura scomposta causata dalla sentenza n. 238/2014, le autorità italiane hanno cercato (tardivamente) di riprendere le fila e il controllo di una vicenda intricata, in cui la magistratura italiana si è cacciata, e da cui non riesce a uscire da almeno un decennio⁶².

Ciò non di meno, occorre notare come restino ferme le violazioni dell'immunità tedesca dalla giurisdizione di cognizione realizzatesi anche dopo il 2012⁶³, e anche attraverso il riconoscimento dell'esecutività di decisioni straniere (greche) in Italia. Su questo aspetto la pronuncia in esame non sposta nulla⁶⁴, essendo anzi presupposto necessario per accedere al Fondo, quanto meno per i creditori italiani, il possesso di un titolo esecutivo derivante da una sentenza definitiva di condanna dello Stato tedesco.

Vero è, però, che – per il futuro – l'art. 43 del decreto-legge n. 36/2022 intende prevenire il rischio che si realizzino nuove violazioni dell'immunità tedesca dalla giurisdizione di cognizione. A tal fine, infatti, l'art. 43, c. 6, ha introdotto un termine decadenziale per la proposizione di domande di risarcimento contro la Germania per danni derivanti da *delicta imperii* commessi tra il 1939 e il 1945. Per questa parte la disposizione produce un effetto

⁶² Come accennato, i timidi tentativi della giurisprudenza di merito sono stati prontamente censurati dalla Corte di cassazione. Si veda *supra* nt. 10.

⁶³ A. Bufalini, *The Italian Fund*, cit.

⁶⁴ L'interpretazione secondo cui il decreto-legge n. 36/2022 (e quindi adesso la sentenza n. 159 del 2023) lascia impregiudicate le violazioni delle immunità dalla giurisdizione di cognizione è condivisa, tra gli altri, da P. Franzina, *Jurisdictional Immunities*, cit.; A. Bufalini, *The Italian Fund*, cit.

analogo a quello a suo tempo prodotto dall'art. 3, c. 1, della legge n. 5/2013, dichiarata incostituzionale dalla Consulta nel 2014. Sorge dunque spontaneo domandarsi che garanzie ci possono essere che, nel prossimo futuro, questioni di legittimità costituzionale non siano sollevate in relazione agli artt. 2 e 24 Cost., come interpretati nella sentenza n. 238/2014, o in relazione all'art. 117, c. 1, Cost. rispetto al parametro interposto dell'art. 6 CEDU⁶⁵, e non conducano quindi al ripristino del diritto di azione in giudizio.

È evidente, infatti, come il termine decadenziale impatti negativamente sul diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime. Tuttavia, è un principio consolidato nella giurisprudenza tanto della Corte costituzionale quanto della Corte europea dei diritti umani che tale diritto, pur di fondamentale importanza, non è assoluto e, pertanto, può essere bilanciato con altri interessi generali meritevoli di protezione. Sicché, in base ai principi elaborati dalle due corti, un termine decadenziale risulta compatibile con l'art. 6 CEDU, se persegue un interesse legittimo, non è eccessivamente breve e non sussistono ostacoli oggettivi alla proposizione tempestiva della domanda⁶⁶. Nel valutare la congruità del termine, bisogna tenere conto che questo è scaduto il 28 giugno 2023⁶⁷, dopo un anno e due mesi dall'entrata in vigore del decreto-legge, avvenuta il 1° maggio 2022. Inoltre, non si può non considerare che le pretese risarcitorie dei potenziali attori trovano il proprio fondamento in fatti avvenuti tra il 1939 e il 1945, la cui azionabilità in giudizio è conosciuta (o conoscibile) almeno da vent'anni, ovvero da quando, nel 2004, la Corte di cassazione, mutando il proprio precedente orientamento, ha affermato la giurisdizione italiana su questo tipo di cause, con la celebre decisione *Ferrini*. Date tali premesse, e prescindendo da questioni relative al rispetto della norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione,

⁶⁵ In questo punto, più che ai problemi legati al diniego di giustizia connesso al riconoscimento dell'immunità giurisdizionale dello Stato estero, sui cui si rinvia *mutatis mutandis* a quanto osservato nel paragrafo precedente, ci si riferisce alla legittimità del termine decadenziale previsto dal legislatore rispetto al diritto di accesso alla giustizia.

⁶⁶ Si veda in proposito Corte costituzionale, sentenza 4 maggio 2017, n. 94, in cui la Consulta ha dichiarato la legittimità del termine decadenziale di centoventi giorni, previsto per la proposizione in via autonoma dell'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo. Si veda altresì Corte europea dei diritti umani, *Staibano e altri c. Italia*, ricorso n. 29907/07, sentenza del 4 febbraio 2014, par. 27-28, dove i giudici hanno riconosciuto che nel caso di specie, in cui erano soddisfatte le condizioni sopra richiamate, «la previsione del termine di decadenza perseguiva lo scopo legittimo di assicurare una buona (corretta) amministrazione della giustizia».

⁶⁷ Con l'art. 11-ter della legge 24 febbraio 2023, n. 14 (in *Gazzetta Ufficiale*, a. 164, n. 49, 27 febbraio 2023, p. 1 ss.), di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, recante *Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*, il legislatore ha prorogato il termine, a pena di decadenza, per l'esercizio delle azioni di accertamento e liquidazione dei danni sino alla scadenza di quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, avvenuta il 28 febbraio 2023.

l'introduzione di un termine decadenziale da parte del decreto-legge n. 36/2022 potrebbe ragionevolmente ritenersi legittimo, nella misura in cui persegue l'obiettivo di garantire la stabilità delle relazioni internazionali e il rispetto degli obblighi internazionali derivanti per l'Italia non solo dall'art. 2, par. 2, dell'Accordo di Bonn, ma anche dall'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite (in relazione alla sentenza del 2012).

In chiusura, alla luce delle considerazioni svolte sin qui, non ci si può esimere dal domandarsi cosa farà la Germania e che impatto può avere la sentenza n. 159/2023 rispetto al giudizio pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia. Se i rischi relativi alla violazione dell'immunità dalla esecuzione appaiono al momento fugati dalla legislazione italiana e, in buona sostanza, anche quelli relativi a future violazioni dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione, resta il fatto che lo Stato tedesco potrebbe mantenere un interesse quanto meno alla tutela soddisfattoria nel vedere accertate le violazioni di tale ultima norma, avvenute successivamente al 2012. Nel suo ricorso, infatti, la Germania ha precisato di considerare l'immunità dalla giurisdizione una norma di fondamentale importanza per garantire relazioni pacifiche tra gli Stati⁶⁸. Espressione del principio di uguaglianza sovrana, infatti, tale norma tutela la prerogativa dello Stato di non essere sottoposto all'esercizio della giurisdizione da parte di Stati esteri, in quanto tale, a prescindere, cioè, dalla sussistenza di concrete possibilità che il giudicato trovi eventualmente esecuzione.

A ciò si aggiunga poi che la Germania potrebbe aspirare all'accertamento delle violazioni dell'immunità dalla giurisdizione in ragione della preoccupazione di scongiurare che domande di risarcimento analoghe a quelle introdotte in Italia e in Grecia siano proposte in altri Paesi in cui il Terzo Reich si è reso responsabile delle più gravi violazioni dei diritti umani, particolarmente in Polonia. Da ultimo, le criticità sopra richiamate rendono il quadro normativo italiano ancora troppo instabile e incerto per immaginare che lo Stato tedesco vi faccia definitivo affidamento e rinunci all'azione.

9. Epilogo.

Per trarre una valutazione complessiva del rapporto tra la sentenza in commento e il

⁶⁸ Cfr. par. 29 del ricorso tedesco, cit. *supra* nt. 11.

precedente del 2014, può essere utile distinguere tra una dimensione interna e una esterna (extraterritoriale) dei principi affermati nella sentenza n. 238, in relazione agli effetti che essi producono per i creditori italiani e per quelli stranieri.

Quanto ai primi, occorre rilevare che, nel 2014, la Corte costituzionale aveva affermato che gli artt. 2 e 24 Cost. impongono di garantire l'accesso alla giustizia. Oggi la tutela di cognizione è stata già assicurata in numerosi procedimenti e il legislatore ha inteso impedire che i titoli esecutivi così formati potessero condurre al pignoramento dei beni dello Stato tedesco (anche solo di quelli eventualmente adibiti ad uso commerciale). La Consulta ha riconosciuto la legittimità del sacrificio della tutela esecutiva previsto dall'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022, in presenza del rimedio equivalente rappresentato dal neoistituito Fondo per le vittime. Dunque, al netto dei profili di discontinuità evidenziati sopra, la Corte costituzionale si è mossa nel perimetro delineato dalla sentenza n. 238. Su questa base, dunque, è difficile contrapporre le due sentenze, che, anzi, per questa parte, possono essere lette in termini di piena compatibilità.

Per quanto riguarda i creditori stranieri, il riflesso esterno ed extraterritoriale dei principi affermati nella sentenza n. 238 aveva delineato una sorta di “foro esecutivo universale”, sicché chiunque fosse titolare di una sentenza definitiva di condanna nei confronti della Germania (ma poi si è visto non solo nei confronti di tale Stato) avrebbe potuto chiederne il riconoscimento ed eseguirla in Italia, aggirando la norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione.

Questo foro esecutivo universale è stato oggettivamente circoscritto, per effetto del decreto-legge n. 36/2022, nei confronti dei creditori stranieri della sola Germania, a cui, se non è impedito chiedere il riconoscimento in Italia delle sentenze di condanna di cui siano in possesso, è però inibito l'accesso al processo esecutivo vero e proprio. Al momento, la Corte costituzionale non ha potuto sindacare questo aspetto in relazione ai principi affermati nel 2014, perché, come si è detto, un errore del giudice rimettente ha determinato che la questione restasse al di fuori del *thema decidendum*.

Dunque, per sapere se ci si trova di fronte a una deviazione solo provvisoria dalla legalità costituzionale (come ricostruita nel 2014) o se, invece, c'è effettivamente un ridimensionamento della sentenza n. 238, bisogna attendere che la questione sia portata all'attenzione della Corte. Con ogni probabilità, non bisognerà aspettare molto. Se allora i giudici riconosceranno la legittimità del sacrificio della tutela esecutiva nei confronti dei

creditori stranieri della Germania, vorrà dire che, almeno per questa parte, la sentenza del 2014 è stata effettivamente archiviata. Qualora poi non si dovesse porre rimedio alla situazione contraddittoria per cui l'Italia riconosce sentenze straniere di condanna dello Stato tedesco, senza consentirne l'esecuzione, sorge il rischio che un'altra corte internazionale censuri la condotta italiana, questa volta in relazione all'art. 6 CEDU.

Con riguardo all'inevitabile riflesso che la decisione in commento ha sulla controversia pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, non vi è dubbio che essa segni un esito positivo nella misura in cui tiene in piedi la principale strategia messa in campo dall'Italia, dopo l'infruttuoso precedente del 2013, per provare a risolvere la controversia con la Germania. Tuttavia, il modo in cui il meccanismo è stato consegnato, implicando in ogni caso l'esercizio della giurisdizione civile da parte delle corti italiane, e le incertezze segnalate in relazione alla posizione dei creditori stranieri, destinate a dar corso a nuovi sviluppi, spingono a ritenere che difficilmente la Germania rinuncerà al giudizio.

Abstract: Con la sentenza 21 luglio 2023, n. 159, la Corte costituzionale italiana ha affermato la legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36/2022 nella parte in cui sacrifica il diritto alla tutela esecutiva delle vittime italiane del Terzo Reich, apprestando come rimedio equivalente l'accesso al Fondo istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Il presente contributo intende definire la portata della decisione, analizzando il rapporto che la lega alla sentenza n. 238/2014, inclusa la questione dell'accesso alla giustizia da parte delle vittime non italiane, e con la controversia *Germania c. Italia (II)*. L'articolo conclude evidenziando che la decisione in esame si muove complessivamente nel perimetro tracciato dalla sentenza n. 238, mentre il punto di maggiore divergenza tra il precedente del 2014 e la legislazione vigente, al momento, riguarda la posizione dei creditori stranieri. Quanto al procedimento pendente dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, diverse ragioni e altrettante incertezze potrebbero spingere la Germania a non rinunciare al ricorso.

Abstract: On 21 July 2023, the Italian Constitutional Court rendered its Judgement No. 159 upholding the constitutional legitimacy of Art. 43, para. 3, of Decree-Law No. 36 of 30 April 2022 to the extent that, despite depriving victims of WWII crimes of the right to bring enforcement proceedings against Germany, it provides them with access to the reparation

Fund as an equivalent means of redress. The present contribution aims to define the scope of the decision, analysing its relationship with Judgement No. 238/2014 of the same Court, including the issue of access to justice by non-Italian victims, and with the dispute *Germany v. Italy (II)*. The article concludes by pointing out that, apart from a few points, the present decision is essentially in line with Judgement No. 238. At the moment, the legislation in force seems to depart from the 2014 decision as concerns foreign victims' access to justice. Nonetheless, as to the proceedings pending before the International Court of Justice, several reasons and as many uncertainties could lead Germany not to waive its application.

Parole chiave: Corte costituzionale, sentenza n. 159/2023 – gravi violazioni dei diritti umani – immunità giurisdizionali dello Stato, sentenza n. 238/2014 – tutela giurisdizionale effettiva – Fondo per le vittime – rimedio equivalente.

Key words: Italian Constitutional Court, Judgement No. 159/2023 – serious violations of human rights – jurisdictional immunities of the State – Judgement No. 238/2014 – effective judicial protection – reparation Fund – equivalent means of redress.

LE SITUAZIONI GIURIDICO-SOGGETTIVE TUTELABILI NEL GIUDIZIO AVVERSO IL SILENZIO-INADEMPIMENTO: SPUNTI DI RIFLESSIONE*.

di Sergio Pignataro**

Sommario. 1. Premesse introduttive. – 2. La giurisdizione amministrativa esclusiva in ordine al silenzio-inadempimento: una cognizione di soli interessi legittimi in ossequio alla Costituzione? – 3. Silenzio-inadempimento e ulteriori ambiti rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: alcune notazioni. – 4. Una prospettiva interpretativa della Costituzione differente da quella consolidata che tiene conto delle mutazioni storiche e dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. – 5. Rilievi critici e di ordine costituzionale. – 6. Conclusioni.

1. Premesse introduttive.

Un aspetto problematico afferente al più ampio tema della tutela giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento¹, di sicuro interesse e di rilevanza non trascurabile, sia sul piano

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Come è noto, solo con l'art. 2 della l. n. 241/1990, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, viene generalizzato e posto espressamente, in capo alle P.A., l'obbligo di conclusione dei procedimenti, avviati d'ufficio o ad istanza di parte, mediante provvedimenti espressi e in termini prestabiliti. Sicché, il comportamento silente, ovvero l'inerzia della P.A., protratta oltre il termine massimo stabilito per la conclusione del procedimento, determina la formazione del silenzio-inadempimento (o silenzio non significativo), sempre che non si verta in ipotesi o fattispecie a cui la normativa attribuisce il valore di accoglimento o di diniego (c.d. silenzio significativo).

Tra i numerosi commenti all'art. 2 della l. n. 241/1990, si segnalano: A. Travi, *Sub art. 2*, in Id. (a cura di), *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1/1995, p. 8 ss.; F. Figorilli e A. Giusti, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 127 ss.; G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 251 ss.; M. Renna e F. Figorilli, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in A. Bartolini, S. Fantini e G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, Neldiritto, 2010, p. 105 ss.; A. Cioffi, *Il dovere di provvedere nell'azione amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 134 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, p. 273 ss.; G. Mari, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedurali della P.A. (artt. 2, 16, 17-bis e 20 l. n. 241/1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli, coordinato da F. Aperio Bella), Milano, Giuffrè

teorico, sia dal punto di vista pratico, riguarda le situazioni giuridico-soggettive tutelabili attraverso il relativo giudizio².

Francis Lefebvre, 2020, p. 199 ss. Tra gli studi monografici concernenti lo specifico tema del termine di conclusione del procedimento, v. M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995.

Sul silenzio-inadempimento, nell'ordinamento previgente [segnatamente dopo l'approvazione della l. n. 80/2005, che, in sede di conversione del d.l. n. 35/2005 (recante *Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*), ha novellato, con l'art. 3, c. 6-bis, l'art. 2 della l. n. 241/1990], v., tra gli altri: R. Giovagnoli, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 158 ss.; M. Occhiena, *Riforma della l. 241/1990 e "nuovo" silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *Giustamm*, n. 2/2005; G. Guccione, *La tutela giurisdizionale avverso il silenzio della p.a.: la necessità della diffida ad adempiere e la recente riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Giustamm*, n. 3/2005; M. Corradino, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005, n. 15 e Legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *Giustamm*, n. 6/2005; N. Saitta, *Ancora sul silenzio della p.a.; se ne parla troppo (estemporaneità a caldo sulla legge "80")*, in *Giustamm*, n. 6/2005; M. Giardetti, *Il silenzio della PA come novellato dal DL 35/05*, in *Giustamm*, n. 6/2005; Id., *Poteri cognitori del g.a. in materia di silenzio inadempimento*, in *Giustamm*, n. 7/2005; E. Sticchi Damiani, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm.-TAR*, n. 10/2005, p. 3365 ss.; A. Corsaro, *Il sindacato del giudice amministrativo sul silenzio della P.A. dopo la legge n. 80 del 2005 (nota a Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza 4 novembre 2005, n. 726)*, in *Foro amm.-CDS*, n. 11/2005, p. 3415 ss.; S. Cogliani, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Disciplina e profili processuali: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, n. 1/2006, p. 383 ss.; M. Mascia, *Novità nel giudizio contro il silenzio della pubblica amministrazione: superamento della diffida e giudizio sulla fondatezza della domanda (nota a TAR Toscana, Sez. I, 20 giugno 2005, n. 3044)*, in *Giur. merito*, n. 1/2006, p. 171 ss.; C. Costagliola, *Il silenzio della pubblica amministrazione come novellato dalla l. n. 80/2005 ed il sindacato del giudice amministrativo: il cammino della giurisprudenza (nota a TAR Puglia, Lecce, Sez. I, sentenza 6 luglio 2006)*, in *Giur. merito*, n. 11/2006, p. 2521 ss.; E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2010, p. 1 ss., e, volendo, S. Pignataro, *Questioni vecchie e nuove in tema di silenzio rifiuto*, in *Giurisdiz. amm.*, n. 5/2006, p. 109 ss.

Sull'obbligo di provvedere della P.A. (e relativi risvolti), v., tra gli studi monografici meno datati, D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005; F. Goggiomani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013. V., pure, tra gli altri, A. Police, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, p. 15 ss.; M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, p. 103 ss.

Sulla tutela processuale in materia di silenzio-inadempimento, come delineata dal d.lgs. n. 104/2010, v., tra gli altri, C. Guacci, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; R. Rolli, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012; A. Colavecchio, cit., *passim*; M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2014, p. 1 ss.; F. Scalia, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva dell'effettività e pienezza della tutela*, in *Federalismi*, n. 16/2016.

² Si tratta di un giudizio che si svolge secondo le regole del rito camerale, su cui resta rilevante il contributo di N. Saitta, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, e si conclude con sentenza in forma semplificata, su cui ci si permette di rinviare a S. Pignataro, *L'istituto delle "sentenze in forma semplificata" tratteggiato dal codice del processo amministrativo*, in *Giustamm*, n. 9/2014, con plurimi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

Un ampio fronte giurisprudenziale e dottrinario ha espresso costantemente un orientamento riduttivo circa lo spettro delle posizioni soggettive tutelabili, escludendone i diritti soggettivi.

Il presente saggio, tenendo conto di una serie di fattori, anche storici ed evolutivi del sistema di giustizia amministrativa, tenta di dimostrare come tale limitazione, legata essenzialmente al disposto dell'art. 103, c. 1, Cost., e all'interpretazione puramente formale della locuzione «particolari materie» in esso contenuta, non sia condivisibile.

In questa direzione, il contributo prende in esame le principali e più significative tesi della dottrina e della giurisprudenza recente e meno recente in merito al silenzio-inadempimento ed al relativo giudizio. Ricostruito brevemente l'*excursus* normativo sul tema, si riprendono alcune teorie generali concernenti la natura delle attività della P.A. e degli atti amministrativi, per poi elaborare una serie di riflessioni critiche sulla specifica problematica oggetto di analisi.

In particolare, si argomenta come, alla luce della legislazione ordinaria vigente, ma, ancor più, del complessivo impianto costituzionale, anche in relazione ai principi supremi, nonché alla matrice sostanzialista del diritto UE e alle diverse norme sancite sul piano internazionale, la predetta restrizione, per molteplici ragioni, non abbia ragion d'essere.

Ed infatti, l'accoglimento della soluzione nettamente dominante, che limiterebbe l'operatività della specifica tutela avverso il silenzio-inadempimento alla lesione di interessi legittimi, *in nome* della Costituzione, sembra comportare pesanti ripercussioni sulla piena, rapida ed efficace tutela del cittadino avverso la pubblica amministrazione, che costituisce un principio propugnato, *in primis*, proprio dalla Carta costituzionale, oltre che da più norme e fonti sovranazionali ed internazionali.

Del resto, non si manca di evidenziare l'ulteriore circostanza, che, invero, appare anomala, per cui la rimessione di ambiti oggettivi simili a quello in esame (sotto il profilo che, in questa sede, più rileva) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non ha suscitato analoghe obiezioni.

Nella parte finale del lavoro si traggono, quindi, le conclusioni sul tema non solo *de iure condendo*, ma, soprattutto, *de iure condito*.

2. La giurisdizione amministrativa esclusiva in ordine al silenzio-inadempimento: una cognizione di soli interessi legittimi in ossequio alla Costituzione?

Procedendo con ordine, va segnalato come, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010³ (c.p.a.), era stata ribadita la posizione già espressa⁴ secondo cui l'azione avverso il silenzio-inadempimento, disciplinata dagli artt. 31⁵ e 117⁶ di tale testo legislativo, non fosse qualificabile come «rimedio a carattere generale», esperibile in tutte le ipotesi di comportamento silente della P.A.⁷ e, dunque, «sempre ammissibile indipendentemente

³ Di approvazione del *Codice del processo amministrativo*.

⁴ In precedenza, in senso conforme, v. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 7088/2004; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 497/2004.

⁵ Su tale norma, v., tra gli altri, V. Lopilato, *Commento all'art. 31*, in A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 315 ss.; M. Occhiena, *Art. 31*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2012-2013, tomo I, p. 579 ss.; V. Lopilato, *Art. 31*, in F. Caringella e M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica, 2013, p. 379 ss.; R. De Nictolis (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Assago, Ipsoa, 2012, p. 1697 ss.; C. Merani e S. De Giorgis, *Art. 31*, in F. Caringella, M. Giustiniani, M. Protto e L. Tarantino (a cura di), *Codice del processo amministrativo ragionato: le parole chiave della giurisprudenza e della dottrina*, Roma, Dike Giuridica, 2017, p. 183 ss.; M. Santini, *Art. 31, commi 1-3*, in R. Chieppa (diretto da), *Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2018, p. 225 ss.

⁶ Su tale disposizione, si vedano, tra gli altri: M. Di Lullo, *Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione (Art. 117)*, in M. Sanino (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, Utet, 2011, p. 492 ss.; V. Lopilato, *Commento all'art. 117*, in A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), cit., p. 941 ss.; E. Quadri, *Art. 117*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), cit., tomo III, p. 1773 ss.; R. De Nictolis (a cura di), cit., p. 1697 ss.; V. Lopilato, *Art. 117*, in F. Caringella e M. Protto (a cura di), cit., p. 1129 ss.; G. Fadda, *Art. 117*, in F. Caringella, M. Giustiniani, M. Protto e L. Tarantino (a cura di), cit., p. 671 ss.

⁷ Sul tema del silenzio della pubblica amministrazione, si ricordano, senza pretese di esaustività: F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/1981, p. 3 ss.; P. Marchese, *Il silenzio nel diritto amministrativo*, Milano, Pirola, 1983; AA.VV., *Il silenzio della pubblica amministrazione: aspetti sostanziali e processuali*. Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione promosso dalla Amministrazione Provinciale di Como (Varenna - Villa Monastero, 23-25 settembre 1982), Milano, Giuffrè, 1985; A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; P.G. Lignani, (voce) *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 559 ss.; F. Brignola, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 1 ss.; F.G. Scoca e M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/1995, p. 393 ss.; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996; B.E. Tonoletti, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 156 ss.; G.B. Garrone, (voce) *Silenzio della pubblica amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 191 ss. Tra gli studi monografici meno datati, ma (comunque) precedenti al c.p.a., v. T.G. Tasso, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra pubblico e privato*, Napoli, Esi, 2004; R. Giovagnoli, cit., *passim*; E. Quadri, *Il silenzio della pubblica amministrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2007; E. Pulici, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Questioni processuali*, Milano, Giuffrè, 2007.

dalla giurisdizione», così da fare assurgere il giudice amministrativo al ruolo di «giudice del silenzio dell'amministrazione»⁸.

Invero, una simile impostazione è stata reputata validamente assunta anche dopo il primo correttivo al c.p.a., ossia il d.lgs. n. 195/2011, nonostante quest'ultimo, novellando parzialmente l'art. 133 c.p.a.⁹, abbia fatto rientrare, al c. 1, lett. a), n. 3), dell'articolo *de quo*, tra le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in via generale, il «silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3».

L'opinione nettamente dominante era, e resta tuttora, quella per cui l'inclusione del silenzio di cui all'art. 31, cc. 1, 2 e 3, c.p.a. tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva non possa essere certo intesa nel senso che sia sufficiente far valere attraverso la procedura del silenzio-inadempimento una qualsiasi pretesa nei riguardi della P.A. per poter poi attrarre invariabilmente dinanzi al giudice amministrativo il relativo contenzioso¹⁰.

Secondo un orientamento consolidato¹¹, non basterebbero la connotazione particolare delle materie rimesse normativamente al giudice amministrativo e la mera attinenza dell'inerzia all'oggetto delle controversie per radicare la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, ma sarebbe indispensabile che le contese abbiano, «in concreto, ad oggetto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi, espressione di pubblici poteri». Ne consegue che il rito sul silenzio avrebbe «natura residuale» e non sarebbe «esperibile a tutela di posizioni soggettive la cui cognizione esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo», integrando un istituto processuale attivabile solo a fronte di «mancato esercizio dell'attività amministrativa propriamente detta», rispetto al quale la posizione del privato si configura come «interesse legittimo»¹².

⁸ V., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 210/2011; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1754/2013; TAR Lazio, Roma, Sez. I, sentenze n. 1127/2012 e n. 1131/2012.

⁹ Su tale norma, v., tra gli altri, F. Lattanzi, *Art. 133*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), cit., tomo III, p. 1984 ss.; P. Lotti, *Art. 133*, in F. Caringella e M. Protto (a cura di), cit., p. 1287 ss.; R. De Nictolis (a cura di), cit., p. 177 ss.; A. Pazzaglia, *Art. 133*, in F. Caringella, M. Giustiniani, M. Protto e L. Tarantino (a cura di), cit., p. 789 ss.; M. Santise, *Art. 133*, in R. Chieppa (diretto da), cit., p. 761 ss.

¹⁰ In questi termini, A. Cerreto, *Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, n. 6/2014. Nella medesima direzione, v., tra gli altri, M. Occhiena, *Art. 31*, cit., p. 586; L. Bertonazzi, *Il giudizio sul silenzio*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 921 ss. In giurisprudenza, sostanzialmente difforme, ma rimasto pressoché isolato, l'orientamento espresso, nell'ordinamento previgente al c.p.a., dal TAR Abruzzo, Pescara, sentenza n. 57/2001.

¹¹ Nella giurisprudenza amministrativa, cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1754/2013; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4835/2013; TAR Sardegna, Sez. II, sentenza n. 20/2017.

¹² Recentemente, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, sentenza n. 5675/2022; TAR Piemonte, Sez. I, sentenza n. 84/2022; TAR Campania, Napoli, Sez. V, sentenza n. 323/2020. Secondo diverse pronunce, anche nel caso di rito speciale instaurato per l'impugnazione del silenzio, il giudice adito deve preliminarmente

Affinché un simile presupposto si possa realizzare, è reputato indispensabile che il silenzio-inadempimento si riferisca all'inerzia dell'amministrazione su una domanda intesa ad ottenere l'adozione di un «provvedimento ad emanazione vincolata, ma di contenuto discrezionale»¹³.

In sintonia con tale impostazione, si è collocata, peraltro, anche la giurisprudenza di poco anteriore all'entrata in vigore del c.p.a.¹⁴, per la quale, nel caso in cui la lesione riguardasse un diritto soggettivo, la pretesa vantata dall'interessato andava fatta valere mediante l'apposita «azione di accertamento»¹⁵ dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria¹⁶.

Sotto altro profilo si è sostenuto¹⁷ come pure la formulazione dell'art. 31 c.p.a. faccia propendere per «l'inammissibilità del ricorso diretto all'accertamento dell'illegittimità del silenzio su un'istanza dell'interessato», allorché il giudice amministrativo adito sia «privo di giurisdizione in ordine al rapporto giuridico sottostante»¹⁸ o si verta nell'ambito «di posizioni di diritto soggettivo»¹⁹, anche laddove sia riscontrabile «un'ipotesi di giurisdizione esclusiva»²⁰. Ma su tale punto, in massima parte non condivisibile, si ritornerà

verificare la propria giurisdizione in relazione alla natura della posizione sostanziale esercitata e, ove la controversia attivata rientri tra quelle devolute al giudice ordinario, non può non discenderne l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del medesimo giudice amministrativo. Cfr., in precedenza, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 6947/2010. Nello stesso senso, pure, Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, Sez. I, sentenza n. 65/2012; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 3453/2013; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, sentenza n. 1681/2010; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, sentenza n. 629/2012; TAR Molise, Sez. I, sentenza n. 174/2012.

In dottrina, sulle situazioni giuridico-soggettive rilevanti nel diritto amministrativo e, in particolare, sugli interessi legittimi, v., tra i tanti, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990; A. Romano Tassone, (voce) *Situazioni soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg., vol. II, Milano, 1998, p. 966 ss.; E. Picozza, G. Palma e E. Follieri, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Padova, Cedam, 1999; B. Sordi, (voce) *Interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008, p. 709 ss.; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹³ V., ad esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, sentenza n. 5675/2022; TAR Sardegna, Sez. II, sentenza n. 20/2017.

¹⁴ V., per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 7057/2009.

¹⁵ Cfr., anche, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3007/2008; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4320/2010. Più di recente, v. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 5037/2021.

¹⁶ Cfr., pure, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 4689/2018; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, sentenza n. 6701/2021; Cass. civ., SS.UU., sentenza n. 29178/2020.

¹⁷ V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1754/2013, e, in dottrina, tra gli altri, A. Cerreto, cit.

¹⁸ V., pure, Cass. civ., SS.UU., sentenza n. 29178/2020.

¹⁹ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II-*ter*, sentenza n. 6094/2018.

²⁰ V., ad esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. V, sentenza n. 323/2020. Sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra gli studi monografici, vanno annoverati, V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001; A. Fabri, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, Giappichelli, 2002; V. Parisio e A. Perini (a

in seguito.

In sintesi, la spettanza, in capo al giudice amministrativo, del potere di accertamento dell'inerzia e di eventuale condanna alla P.A. a provvedere (con la possibilità di attivare un commissario *ad acta*²¹ per l'adozione coattiva del provvedimento omesso), nell'ambito del rito sul silenzio-inadempimento, è sempre stata considerata pacifica in caso di lesioni di posizioni di interesse legittimo²².

Ove, invece, la situazione giuridica vulnerata dall'inerzia della P.A. abbia la consistenza di diritto soggettivo, stante l'asserita impossibilità di una cognizione estesa a tutto campo del giudice amministrativo che fosse adito (ancorché in sede di giurisdizione esclusiva), si è formato un orientamento consolidato secondo cui la tutela più diretta ed immediata possa ottenersi tramite un'azione di accertamento, evidentemente di competenza del giudice ordinario; e questa conclusione si basa sul presupposto che sia inutile o non necessaria l'intermediazione di un provvedimento formale²³. Ma, anche su tale profilo, in certa misura discutibile, ci si soffermerà nel prosieguo del presente lavoro.

cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva: una riflessione a più voci*. Atti dell'Incontro di studio tenuto a Padova nel 2001, Milano, Giuffrè, 2002; E. Follieri (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*. Atti del Convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione (Lucera, 19 febbraio 2005), Milano, Giuffrè, 2006.

Tra i più brevi contributi, v. P.M. Vipiana, (voce) *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 377 ss.; G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2000, p. 696 ss.; F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e app.*, n. 4/2004, p. 799 ss.; F. Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *LexItalia.it*, n. 7-8/2004; G. Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni «a caldo»)*, in *Giustamm*, n. 7/2004; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2004, p. 974 ss.; L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito (nota a Corte cost., sentenza 6 luglio 2004, n. 204)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2005, p. 214 ss.; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2012, p. 436 ss.; A. Police, (voce) *Giurisdizione esclusiva*, in *Treccani online*, 2015; F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi*, n. 3/2018; A. Cariola, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, n. 2/2021.

²¹ Sulla figura del commissario *ad acta* operante in ambito processuale, rilevante il contributo di V. Caputi Jambrenghi, (voce) *Commissario ad acta*, in *Enc. dir.*, agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 284 ss. Tra le monografie aggiornate al c.p.a., v. S. D'Antonio, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo: qualificazione dell'organo e regime processuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, e, se si vuole, S. Pignataro, *Il commissario ad acta nel quadro del processo amministrativo*, Bari, Cacucci, 2019, anche per i necessari e ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

²² Il Consiglio di Stato ha precisato, in più occasioni, come il ricorso avverso il silenzio-inadempimento integri un'azione a mezzo della quale si richiede al giudice di esercitare una «cognizione sul merito della causa» che, in taluni casi, può spingersi sino alla condanna dell'amministrazione all'adozione di un «provvedimento di contenuto predeterminato». V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1754/2013; Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4835/2013.

²³ Cfr., già, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 419/2005. Conformemente, in dottrina, A. Cerreto, cit.

Attualmente, non può prescindersi dal combinato disposto degli artt. 7²⁴, 31, 117 e 133 c.p.a.

L'art. 7, c. 1, primo periodo, del c.p.a. rimette alla giurisdizione amministrativa «le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni».

La norma predetta, in assonanza con la giurisprudenza costituzionale pregressa alla adozione del c.p.a.²⁵, considerando l'utilizzo delle locuzioni «riconducibili, anche mediamente», appare sottolineare che deve trattarsi di attività, ovvero di «comportamenti», che possono ripercuotersi sulla sfera giuridica dei privati in via indiretta; e non necessariamente di attività o di mancato esercizio (doveroso) di funzioni amministrative che presuppongano una loro estrinsecazione autoritativa, incidente, direttamente ed immediatamente, sulle posizioni degli amministrati²⁶.

A riguardo, la Corte cost., sentenza n. 179/2016, richiamando l'art. 103 Cost., ha ricordato come la costante giurisprudenza dello stesso giudice delle leggi avesse identificato i criteri legittimanti la giurisdizione esclusiva, unicamente in riferimento alle materie prescelte dal legislatore e all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (sentenze n. 191/2006 e n. 204/2004).

Sicché, la menzionata pronuncia del giudice delle leggi del 2016 ha indicato tre presupposti

²⁴ Su tale norma, v., tra gli altri, N. Paolantonio, *Art. 7*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), cit., tomo I, p. 85 ss.; G. Giovannini e R. Caponigro, *Commento all'art. 7*, in A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), cit., p. 88 ss.; D. Satullo, *Art. 7*, in F. Caringella e M. Protto (a cura di), cit., p. 83 ss.

²⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 204/2004 (in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594, con note di S. Benini e A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204*, e di F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*); Corte cost., sentenza n. 191/2006 (in *Foro it.*, 2006, I, c. 1625, con note di A. Travi, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, e di G. De Marzo, *Occupazioni illegittime e giurisdizione: le incertezze della Consulta*); Corte cost., sentenza n. 140/2007.

²⁶ Ai fini della valutazione della sussistenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, comunque, non sarebbe rilevante la prospettazione della situazione giuridica soggettiva fatta dalla parte che propone la domanda in giudizio, ma «l'effettiva natura di tale situazione soggettiva, ovvero la sua reale consistenza di diritto soggettivo o interesse legittimo, quale emerge dai fatti allegati che danno conto del rapporto giuridico dedotto in giudizio». Il criterio di riparto della giurisdizione andrebbe individuato, quindi, nel c.d. «*petitum sostanziale*». Esso deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto in funzione della causa petendi, ossia «dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati». Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 3155/2019, e i richiami alla giurisprudenza ivi riportati.

indefettibili per poter considerare compatibili con la Carta fondamentale le norme che rimettono determinate controversie alla giurisdizione in parola.

È necessario, secondo i giudici costituzionali, che:

- siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse;
- il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di «blocchi di materie», ma di «materie determinate»;
- l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e, cioè, attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (sentenza n. 35/2010).

Nella sentenza n. 204/2004, la Corte costituzionale, facendo menzione della teoria tradizionale, che rinveniva nella «sicura e necessaria compresenza o coabitazione ... di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo legate da un inestricabile nodo gordiano» il cardine per individuare le «particolari materie indicate dalla legge» da attribuire alla giurisdizione esclusiva, ha puntualizzato che queste ultime «devono partecipare della medesima natura» di quelle demandate alla giurisdizione generale di legittimità «che è contrassegnata dalla circostanza che la P.A. agisce quale autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»²⁷. La Consulta ha escluso che il legislatore disponga di una «assoluta ed incondizionata discrezionalità», dovendo considerare «la natura delle situazioni soggettive coinvolte», e non fondarsi «esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie».

In proposito, si è osservato²⁸ che, alla luce di questa decisione, l'estensione generalizzata dovrebbe essere sospetta, sebbene ciò non abbia impedito la dilatazione, pressoché indiscriminata, di materie assegnate alla giurisdizione esclusiva.

Nella sentenza n. 140/2007, la Corte costituzionale ha riconosciuto legittima l'attribuzione al «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica» di «poteri

²⁷ Una simile lettura fornita dal giudice costituzionale ha indotto parte della dottrina a dubitare della stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva. Cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., spec. pp. 977-978; F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, n. 4/2004, p. 2209 ss.

²⁸ V. A. Cariola, cit., p. 10.

idonei ad assicurare piena tutela», quando l'oggetto delle controversie è rigorosamente circoscritto alle particolari «procedure e provvedimenti» tipizzati dalla legge. E ciò, anche ove l'oggetto della vertenza riguardi diritti soggettivi costituzionalmente protetti, purché questi non risultino lesi da meri comportamenti delle P.A., non essendovi «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario» la tutela di tali diritti.

Per altro verso, il giudice delle leggi, nella sentenza n. 35/2010 (richiamando, sul punto, la quasi coeva sentenza n. 259/2009), ha ammesso la possibilità che, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conosca – seppure non ‘normalmente’ – «anche soltanto diritti soggettivi».

Tale lettura amplierebbe i confini della giurisdizione esclusiva sino ad includervi materie nelle quali si rinvencono non soltanto situazioni soggettive di natura diversa, commiste tra loro in varia misura, ma anche soli diritti soggettivi, rimanendo così tendenzialmente inconfigurabili gli interessi legittimi²⁹.

Ma la conclusione appena illustrata non pare condivisibile, dato che l'art. 113 Cost. scinde la tutela dei diritti e degli interessi legittimi «contro gli atti della pubblica amministrazione», allocandola in capo ad organi della giurisdizione «ordinaria o amministrativa», utilizzando, dunque, la congiunzione disgiuntiva *o*, e non quella semplice *e*.

Tale elemento sembra suffragare la tesi secondo cui i due giudici siano tendenzialmente preposti alla tutela delle due differenti situazioni giuridico-soggettive, considerate separatamente, nell'ordine in cui sono indicate.

Invero, il Costituente avrebbe potuto anche rafforzare tale posizione, inserendo, nell'art. 113 della Carta Repubblicana, l'avverbio «rispettivamente» prima di fare menzione delle locuzioni «organi di giurisdizione ordinaria» e «amministrativa», ma ciò avrebbe finito per irrigidire troppo il testo dell'articolo in oggetto.

Va, pure, considerato l'art. 103, c. 1, Cost., il quale demanda al «Consiglio di Stato e [a]gli altri organi di giustizia amministrativa» la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie, «anche» dei diritti soggettivi.

Le espressioni usate in tale ultima disposizione sembrano validare la tesi tradizionale

²⁹ V. F. Sciarretta, cit., p. 15.

secondo cui la cognizione su interessi legittimi spetta, di regola, al giudice amministrativo, salve le eccezioni previste espressamente dalla legge in favore del giudice ordinario; mentre quella sui diritti soggettivi è, normalmente, attribuita al giudice ordinario, eccettuate le deroghe contemplate dalla legge in favore del giudice amministrativo, riferite a particolari e tassative materie, in cui quest'ultimo conosce, contestualmente, di interessi legittimi.

Del resto, è plausibile che, ove il Costituente avesse voluto facoltizzare il legislatore a disporre in senso inverso, con un margine di discrezionalità abbastanza marcato, avrebbe usato lo stesso criterio, cioè un'espressione del tutto speculare, per attribuire la cognizione su particolari materie incise dall'attività della P.A., in via esclusiva, al giudice ordinario, indicando i limiti o i criteri per la loro individuazione e delimitazione *ex lege*.

Si è sottolineato³⁰, poi, che, nel testo costituzionale, le «particolari materie» non hanno una “connotazione certa e peculiare”, come pure non viene individuato alcun “limite quantitativo di materie deferibili alla giurisdizione esclusiva” senza intaccare il principio della cognizione dei diritti soggettivi da parte del giudice ordinario.

D'altronde, non va dimenticato come, secondo il giudice costituzionale (nella decisione *capofila* sul tema, rappresentata dalla sentenza n. 204/2004), il legislatore sarebbe libero di ampliare l'ambito della giurisdizione esclusiva, ma con riguardo a materie (in tal senso, particolari)³¹ che, in assenza di tale previsione, comporterebbero «pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità». Dovrebbe trattarsi, in questo caso, di materie nelle quali si rinvergono controversie concernenti l'esercizio del potere amministrativo – che, come tali, coinvolgono interessi legittimi – e aventi ad oggetto provvedimenti, atti o comportamenti lesivi (anche) di diritti soggettivi.

Sulla base di quanto affermato, in seguito, dai giudici della Consulta (sentenza n. 179/2016), ai fini della devoluzione di una materia alla giurisdizione esclusiva, assumerebbe rilievo preminente, se non decisivo, la presenza (nella materia) del potere amministrativo, e non la (sola) circostanza che le relative controversie concernono diritti

³⁰ V. F. Sciarretta, cit., p. 11.

³¹ Per L. Mazzaroli, cit., p. 225, l'impiego, nell'art. 103, c. 1, Cost., della congiunzione «anche» “illumina e chiarisce” il significato dell'aggettivo «particolari» (riferito alle materie), che può essere ritenuto equivalente a quello di “speciali”. Analogamente F. Saitta, cit. Diversamente v. G. Stancanelli, cit. Critico sul significato attribuito, dalla Consulta, alla locuzione «particolari materie», A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, cit., spec. p. 976 ss.

soggettivi e interessi legittimi.

È possibile, in ogni caso, rilevare che la Corte costituzionale, in linea con quanto disposto dall'art. 7, c. 1, primo periodo, c.p.a., ha avallato la possibilità, per il legislatore ordinario, di prevedere ipotesi di giurisdizione esclusiva radicate anche sulla base di comportamenti, purché essi non siano avulsi dall'esercizio di un potere pubblico (come le mere operazioni materiali).

Stante il presupposto per cui può trattarsi di comportamenti semplicemente correlati all'esercizio di una funzione amministrativa, non risulta per nulla agevole sostenere che l'inerzia o le omissioni della P.A. facciano (in ogni caso) *degradare* a interessi legittimi eventuali posizioni soggettive degli amministrati che siano tutelate, in modo pieno e diretto, dall'ordinamento³².

³² Secondo l'orientamento tradizionale, sussisterebbe una contrapposizione tra attività amministrativa discrezionale della P.A., a cui farebbero riscontro, in capo ai soggetti destinatari, posizioni di interesse legittimo, e attività amministrativa vincolata, rispetto alla quale i soggetti interessati vanterebbero veri e propri diritti soggettivi. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/1988, p. 3 ss.

Su tale aspetto, tuttavia, non può non tenersi conto della sentenza della Corte cost., n. 127/1998, secondo cui costituisce «un postulato privo di qualsiasi fondamento» che, «di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondono situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi». Il Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 18/1999 e sentenza n. 8/2007, ha affermato che l'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta, «in modo automatico, la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo», occorrendo distinguere, «anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico». Cfr. TAR Toscana, Sez. I, sentenza n. 329/2018, secondo cui «se è pur vero che l'interesse legittimo si correla, di norma, all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione, non è altrettanto vero che di fronte ad un provvedimento vincolato il privato vanti sempre diritti soggettivi, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati».

In merito alle situazioni giuridiche soggettive, va pure rimarcato il *discrimen* tra attività amministrativa «autoritaria» e attività «paritetica». A differenza della prima, la seconda sarebbe idonea a ledere solo diritti soggettivi e si estrinsecerebbe mediante «atti e comportamenti sforniti di presunzione di legittimità e forza esecutoria». V. G. Fagiolari, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, p. 297 ss., il quale distinse gli atti «autoritativi» e gli atti «paritetici» nell'ambito delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; distinzione ripresa, poi, dal Cons. Stato., Ad. plen., sentenza n. 5/1940. In proposito, M.S. Giannini, *Gli atti amministrativi di adempimento e la giurisdizione esclusiva (nota a Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 21 febbraio 1945, n. 9)*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, p. 389 ss., e, ora, in Id., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, p. 550 ss., ritenendo la definizione di «atti paritetici» non del tutto appropriata, conio l'espressione «atti amministrativi di adempimento».

Sul punto v., più di recente, F. Sciarretta, cit., p. 22 ss. L'Autore ricorda che una meditata impostazione concettuale vuole che ad un diritto soggettivo non corrisponda un potere (per giunta, autoritativo), ma un dovere (o meglio, un obbligo) giuridico. In ipotesi di inadempimento di un diritto di credito, non è configurabile un potere autoritativo che consenta all'amministrazione di definire unilateralmente il regolamento degli interessi coinvolti nel rapporto obbligatorio sottostante. A fronte del potere autoritativo, appaiono configurabili esclusivamente posizioni di interesse legittimo che si confrontano con (e si oppongono

Sotto altro profilo, è evidente che il significato attribuibile alla locuzione «particolari materie» (art. 103, c. 1, Cost., e art. 7, c. 1, primo periodo, c.p.a.) possa essere, almeno in parte, opinabile o variabile.

3. Silenzio-inadempimento e ulteriori ambiti rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: alcune notazioni.

È indubbio che le ipotesi di giurisdizione esclusiva debbano essere, in certa misura, connesse a ragioni peculiari che giustifichino un'eccezione alla regola generale del riparto tra giurisdizione amministrativa e ordinaria.

ad) esso, pretendendone un esercizio rispondente alla norma che lo contempla. Tale situazione non muta se l'esercizio del potere ricade su un diritto soggettivo, che ne rimane soltanto l'oggetto senza incarnare la situazione giuridica soggettiva che si relaziona con il potere allo scopo di influire sul suo (corretto) svolgimento. Anche nell'ambito delle materie rimesse alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo sarebbe possibile (almeno in teoria) distinguere le controversie riguardanti interessi legittimi da quelle vertenti su soli diritti soggettivi. Soltanto nelle prime è predicabile la presenza e l'esercizio di poteri autoritativi, laddove, nelle seconde, non sono ipotizzabili né l'una, né l'altro. La sussistenza necessaria del potere, pertanto, dovrebbe intendersi riferita alle materie di giurisdizione esclusiva e non alle relative controversie. Il potere autoritativo è un connotato distintivo delle materie – che determina quell'intreccio tra differenti situazioni giuridiche soggettive che è all'origine di questa speciale forma di giurisdizione – e non un elemento indefettibile delle singole controversie. In queste ultime potrebbero rinvenirsi, pure, nella difficoltà di identificare l'effettiva natura delle situazioni giuridiche soggettive implicate, solo interessi legittimi o solo diritti soggettivi. Nel primo caso, presupponendo e, nel secondo caso, escludendo l'esercizio di poteri autoritativi.

Questa lucida ricostruzione sembra poter incontrare, però, secondo questo Autore, almeno due obiezioni. In primo luogo, la dottrina ha messo in discussione, da tempo, il generalizzato riconoscimento della natura autoritativa degli atti della pubblica amministrazione, con conseguente qualificazione di situazioni soggettive di interesse legittimo nei confronti di ogni provvedimento amministrativo. Il modello autoritativo che si esprime attraverso atti e provvedimenti discrezionali conosce una costante regressione. Tant'è che gli studiosi del diritto amministrativo hanno preso atto che l'imperatività e l'unilateralità non rappresentano più i connotati tipici e indefettibili dell'atto amministrativo, ma soltanto di alcune categorie provvedimentali. E pure le molteplici fattispecie esistenti, riconducibili alle categorie propriamente provvedimentali, appaiono caratterizzate da un minore tasso di unilateralità. In tale ottica, appaiono emblematici la previsione di amministrazione per accordi, i meccanismi di semplificazione e liberalizzazione che prescindono dall'adozione di un atto amministrativo espresso, la diffusione di tecniche di azione amministrativa non procedimentalizzata. In secondo luogo, la questione dell'incompatibilità tra potere amministrativo e diritto soggettivo, che esclude radicalmente la possibilità di una loro coesistenza, non appare condivisibile alla luce dell'ampia varietà delle fattispecie normative. Di fronte ad un potere discrezionale, non sempre si ritrova invariabilmente una posizione di interesse legittimo, come pure laddove sia riconoscibile un potere vincolato non può dirsi che venga, comunque, ad integrarsi un diritto soggettivo. Le situazioni soggettive sorgono e si atteggianno in modo diverso, a seconda della configurazione che ad esse è attribuita da una norma giuridica nei rapporti con il potere amministrativo che quella stessa norma contempla e disciplina. È una norma giuridica – e non l'atto dell'amministrazione, se non in via traslata o figurata – a stabilire quale coordinamento o quale temperamento debbano avere gli interessi pubblici e gli interessi privati oppure a lasciare che tale operazione venga, in tutto o in parte, effettuata dall'amministrazione. Sul tema cfr. F. Follieri, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *PA - Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 111 ss.

In tal senso, alcune materie elencate all'interno dell'art. 133 c.p.a., dalla connotazione del tutto peculiare e specifica, considerando quanto affermato dalla stessa Consulta (sentenza n. 140/2007), non dovrebbero comportare o implicare particolari problemi (es. art. 133, c. 1, lett. d)³³, h)³⁴ e n)³⁵).

Taluni e ulteriori ambiti oggettivi, su cui insiste la cognizione del giudice amministrativo in via esclusiva, potrebbero, invece, non corrispondere ad un dato concetto o nozione di *materia*.

Ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. a), n. 2), c.p.a., rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti la «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento e degli accordi fra pubbliche amministrazioni».

Va detto che gli accordi tra le pubbliche amministrazioni ed i privati possono avere ad oggetto pressoché qualsiasi aspetto attinente all'attività amministrativa, sia pur con il limite del perseguimento dell'interesse pubblico. In tale ambito, parrebbero convivere frangenti in cui l'amministrazione procede in via autoritativa e discrezionale³⁶ (formazione e conclusione degli accordi) e situazioni in cui essa opera su base paritaria rispetto ai privati (esecuzione di un accordo già perfezionatosi), con i riflessi sulle posizioni soggettive incise dei soggetti destinatari, che sembrano, in questo ultimo caso, configurarsi come diritti soggettivi³⁷.

³³ Che contempla «le controversie concernenti l'esercizio del diritto a chiedere e ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali».

³⁴ Che riguarda «le controversie aventi ad oggetto i decreti di espropriazione per causa di pubblica utilità delle invenzioni industriali».

³⁵ Che concerne «le controversie relative alle sanzioni amministrative ed ai provvedimenti adottati dall'organismo di regolazione competente in materia di infrastrutture ferroviarie ai sensi dell'art. 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188».

³⁶ Dal c. 4-bis dell'art. 11 della l. n. 241/1990, a tenore del quale, «A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, la stipulazione di un accordo deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento unilaterale», emerge la natura pubblicistica e discrezionale della fase di formazione degli accordi, sebbene ciò fosse già ricavabile dalla lettura sistematica complessiva del suddetto art. 11. D'altro canto, il vincolo per l'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico, espressamente richiamato nei cc. 1 e 4-bis, dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale. Cfr. F. Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, n. 2/2000, p. 277 ss.; Ead., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 183 ss. Per F.G. Scoca, *Autorità e consenso*. Relazione al Convegno di Varenna, settembre 2001, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, p. 441, gli accordi previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990, sono «il risultato di valutazioni discrezionali».

³⁷ Sul carattere vincolante degli accordi, per l'amministrazione, v. F.G. Scoca, *Autorità e consenso*. Relazione al Convegno di Varenna, settembre 2001, cit., p. 443.

Nella materia dell'accesso agli atti e alla documentazione amministrativa, la cui cognizione è rimessa al giudice amministrativo in via esclusiva, *ex art. 133, c. 1, lett. a), n. 6), c.p.a.*, si ritiene, per lo più, che la situazione giuridica che fa capo al richiedente sia di diritto soggettivo e ciò per una serie di ragioni³⁸.

Tra di esse, la sua formale definizione all'interno della l. n. 241/1990, la mancanza di discrezionalità per le amministrazioni, una volta verificati i presupposti per l'accesso, nell'adempire alla pretesa del soggetto istante di prender visione ed estrarre copia dei documenti, la non necessità che il documento amministrativo sia relativo ad uno specifico procedimento, nonché l'inclusione fra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost.

Non si dovrebbe configurare in alcun caso, quindi (ovvero, secondo altra posizione, potrebbe profilarsi solo in alcune fattispecie), esercizio di discrezionalità (neppure tecnica) ed esercizio di potestà pubblicistiche³⁹. Al tempo stesso, però, lo strumento processuale di tutela è rappresentato dal giudizio intentabile *ex art. 116 c.p.a.*, con esclusione di qualsiasi intervento o concorso del giudice ordinario. E le istanze dirette a ottenere l'esibizione di atti e documenti della P.A., rispetto alle quali questa dovesse frapporre, ad esempio, un diniego, espresso o tacito (silenzio-diniego o rifiuto), suscettibili di essere impugnate dinanzi al giudice amministrativo, possono inerire a oggetti vari e promiscui, ossia ad atti o documenti dalle tipologie più eterogenee (salvo i limiti e i divieti di legge).

Vi sono, poi, diverse *branche*, come l'urbanistica, l'edilizia, ma anche, in misura minore, le espropriazioni per pubblica utilità, rimesse alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, in relazione a diversi aspetti, *ex art. 133, c. 1, lett. f) e g), c.p.a.*, le quali appaiono di incerto inquadramento⁴⁰.

³⁸ Cfr., almeno, Cons. Stato, Sez. consult. atti normativi, parere n. 3586/2005 (reso nell'anno 2006); Cons. Stato, Ad. plen., sentenze n. 6/2006 e n. 7/2006. Per la configurazione in termini di interesse legittimo, cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 16/1999.

³⁹ La situazione si presenta, invero, complessa e multiforme. Sul punto, per approfondimenti, ci si permette di rinviare a S. Pignataro, *Forme e modalità di tutela del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi*, in *Giurisdiz. amm.*, n. 10/2013, spec. p. 396 ss.

⁴⁰ Precisamente, vengono in rilievo le controversie riguardanti «atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civili, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa ed ablativa». Per effetto della sentenza della Corte cost. n. 191/2006, risulta escluso ogni riferimento alle fattispecie comportamentali, viceversa considerate dall'art. 133, c. 1, lett. *d)*, c.p.a. in merito alle espropriazioni, che ricollega alla giurisdizione esclusiva i comportamenti, solo se riconducibili, almeno «mediatamente», all'esercizio di pubblici poteri. La giurisdizione esclusiva in materia si estende alle controversie di cui all'art. 16 della legge

L'urbanistica, che ricade nel «governo del territorio», comprende tutti gli aspetti dell'uso del territorio. In tal modo, vi dovrebbero rientrare la pianificazione, la programmazione e il coordinamento strutturale e funzionale delle comunità urbane, aventi una pluralità di obiettivi quali: il miglioramento delle condizioni di vita, di lavoro e di benessere sociale, lo sviluppo economico, la salubrità ambientale, l'efficienza dei servizi, l'uso razionale del suolo, ecc.

Una configurazione incerta rivestono, pure, le controversie inerenti al «risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo», ascritte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 133, c. 1, lett. a), n. 1), c.p.a. Si tratta di una materia strettamente correlata a quella del silenzio-inadempimento e, al tempo stesso, potenzialmente afferente a più fattispecie oggettive del tutto speculari o simmetriche a quelle su cui insiste il silenzio non significativo. Le finalità sottese alle azioni giurisdizionali, nelle due ipotesi, sarebbero differenti, ossia ottenere un ristoro economico nel primo caso, e conseguire, di regola, un provvedimento nel secondo; ma non sarebbero diversi gli ambiti materiali di riferimento.

Ebbene, gli ambiti illustrati potrebbero pure reputarsi *blocchi di materie*, ricondotti ad unità dal legislatore sulla base di una valutazione, se si vuole, di opportunità. Inquadri dal legislatore, all'interno dell'art. 133 c.p.a., come particolari materie⁴¹, essi appaiono concernere ambiti oggettivi di natura promiscua poiché sembrano inglobare aspetti spesso disomogenei⁴², sebbene collegati, talvolta in modo assai tenue, da un filo conduttore

28 gennaio 1977, n. 10 (successivamente abrogato dall'art. 136 del d.P.R. n. 380/2001, recante il *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia*), comprese quelle relative alla determinazione, alla liquidazione ed alla corresponsione degli oneri concessori risultanti dal rilascio del titolo abilitativo, trattandosi di pretese del Comune fondate su provvedimenti amministrativi.

⁴¹ Osserva F. Sciarretta, cit., p. 18, che l'ambito della giurisdizione esclusiva è divenuto assai vasto. L'art. 133 c.p.a. riporta un lungo elenco di materie – individuate secondo criteri ora oggettivi, ora soggettivi –, facendo salve le ulteriori previsioni di legge. Secondo l'Autore, la rilevanza degli interessi inerenti alle materie elencate nell'art. 133 c.p.a. denota la centralità della giurisdizione esclusiva nell'attuale sistema processuale e ne giustifica le dimensioni assunte.

⁴² V. F. Sciarretta, cit., p. 20, il quale rinviene una vasta gamma di materie attinenti a controversie che rientrerebbero comunque nella giurisdizione di legittimità e per le quali non si porrebbero problemi di riparto di giurisdizione [art. 133, c. 1, lett. g-s), c.p.a.]. Secondo questo studioso, ve ne sono altre, poi, inerenti a vertenze nelle quali non appaiono coinvolte situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo intimamente connesse, oppure nelle quali vengono in rilievo solo diritti soggettivi [art. 133, c. 1, lett. a), a-bis), t), u), v), c.p.a.]. Quanto alle materie rimanenti, talune vengono devolute alla giurisdizione esclusiva senza che sussistano situazioni protette di incerta qualificazione, mentre altre sono deferite al giudice amministrativo – in luogo del giudice ordinario – pur risultando indifferente che siano attribuite alla giurisdizione di legittimità o a quella esclusiva, disponendo, in entrambe le sedi, il giudice amministrativo degli stessi poteri decisori. Di contro, in alcune materie, ricadenti nella giurisdizione esclusiva, restano sottratte al giudice

univoco in base ad una logica e finalità unitarie.

D'altra parte, i medesimi ambiti sembrano coinvolgere e sottendere tipologie procedimentali e provvedimentali differenti e alquanto variegate.

Gli esempi delineati fanno emergere più di un'incongruenza.

In primis, sorge l'interrogativo di come la giurisprudenza e la dottrina siano risultate compatte sulla posizione anzidetta, a proposito delle situazioni giuridico-soggettive tutelabili tramite il rito sul silenzio-inadempimento, e non abbiano, invece, sollevato obiezioni particolari in merito al consimile problema involgente gli ulteriori e diversi ambiti oggettivi indicati.

Inoltre, la tesi più volte menzionata e consolidata fa emergere un ulteriore problema. Accogliendo questa impostazione, non si comprende, infatti, appieno la *ratio* della modifica apportata all'art. 133 c.p.a. dal primo decreto correttivo del 2011, diretta ad ampliare la cognizione in materia di silenzio-inadempimento, estendendola a posizioni di diritto soggettivo, senza restrizioni ulteriori *ratione materiae* che, diversamente, risulterebbero inspiegabilmente inesprese.

Sarebbe stato più logico non inglobare il silenzio-inadempimento nelle materie di giurisdizione esclusiva, facendo ricadere, ordinariamente, il sindacato su di esso nella giurisdizione generale di legittimità secondo il normale riparto tra giurisdizioni, ovvero prevedere espressamente la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del silenzio (di cui all'art. 31, cc. 1, 2 e 3, c.p.a.), limitatamente alle fattispecie di mancato esercizio di poteri autoritativi da parte della P.A.; o, in ultima analisi, circoscrivere il sindacato in sede esclusiva alle ipotesi di inerzia formatasi in materie rientranti, sulla base di altre disposizioni legislative, nel perimetro della giurisdizione esclusiva.

Va, poi, tenuto conto del fatto che l'introduzione del c. 1, lett. a), n. 3), all'interno dell'art. 133 c.p.a., da parte del decreto correttivo del 2011, può comportare una riconsiderazione della portata della previsione dell'anzidetto art. 7, c. 1, primo periodo, c.p.a.

La predetta novella legislativa potrebbe, infatti, portare a rivalutare le espressioni contenute

amministrativo una serie di controversie aventi natura economica o patrimoniale [art. 133, c. 1, lett. c), f), g), c.p.a.], senza tenere conto delle ragioni storiche che portarono all'ingresso di questa forma di giurisdizione e dando luogo a possibili problemi di riparto – di non agevole soluzione – con il giudice ordinario. Né tutte le controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi sono rimesse alla giurisdizione esclusiva, come dimostrano quelle concernenti gli atti e le operazioni in materia elettorale di competenza del giudice amministrativo – ambito in cui dovrebbero venire in rilievo diritti soggettivi –, che sono devolute alla giurisdizione di merito [art. 134, c. 1, lett. b) c.p.a.], e non a quella esclusiva.

in quest'ultima disposizione, concernenti l'attribuzione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di «particolari materie» riguardanti «comportamenti» correlati al «mancato esercizio» del «potere amministrativo»; concetto, questo (come si è visto), inteso dalla giurisprudenza più autorevole in senso restrittivo, ossia come potere *autoritativo*. Tenendo conto della circostanza che l'art. 7 c.p.a., diversamente dall'art. 133 c.p.a., è rimasto inalterato rispetto alla sua formulazione originaria, ben potrebbe sostenersi una diversa (e più ampia) interpretazione della locuzione «potere amministrativo», che abbracci tutta l'attività della P.A. retta dal diritto pubblico e soggetta all'applicazione della l. n. 241/1990, in relazione ai principi *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*.

A questo punto, è importante evidenziare che, ai fini di valutare se il silenzio-inadempimento possa essere considerato una particolare materia, con i relativi corollari, oppure no, la legislazione vigente rende numericamente più contenuti rispetto al passato e, di fatto, residuali gli ambiti relativi ai procedimenti amministrativi in relazione ai quali può formarsi il silenzio non significativo.

A riguardo, va considerata la formulazione degli artt. 19 e 20, l. n. 241/1990 che controbilanciano (e, in parte, contraddicono) il «principio generale» contenuto nell'art. 2, c. 1, della medesima legge.

In effetti, da un lato, può apparire del tutto *generico e indeterminato* l'ambito oggettivo di riferimento del silenzio-inadempimento, di cui agli artt. 31, cc. 1, 2 e 3, e 133, c. 1, lett. a), n. 3), c.p.a.

Una interpretazione formale e letterale delle norme in questione potrebbe portare a concludere che la legge vigente non renda il silenzio-inadempimento una *materia autonoma*, distinta da quella su cui verte la domanda del privato rimasta inevasa⁴³.

Da un altro lato, il problema andrebbe, oltre che rapportato al significato da attribuire alla parola *materie* utilizzata dal Costituente, contestualizzato ed inquadrato nel periodo storico in cui è stata approvata la Costituzione Repubblicana e formulato il suo art. 103.

⁴³ Cfr., però, in senso divergente, nel sistema pregresso, TAR Abruzzo, Pescara, sentenza n. 57/2001.

4. Una prospettiva interpretativa della Costituzione differente da quella consolidata che tiene conto delle mutazioni storiche e dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa.

Proprio in merito al significato e alla contestualizzazione temporale della locuzione «particolari materie», utilizzata dal Costituente nell'articolo appena citato, risulta quantomai opportuno focalizzare l'attenzione ed allargare il campo di indagine. Ciò, al fine di verificare cosa possa intendersi con tale espressione, basandosi su di un'interpretazione non solo testuale o letterale, ma anche storico-evolutiva, logico-sistematica e finalistica, e tenendo conto del fatto che l'attuale legislazione ordinaria si colloca a distanza di settantacinque anni dall'approvazione della Carta Repubblicana.

Va ricordato che, nel periodo antecedente all'approvazione della Carta fondamentale, solo con l'art. 5 del r.d. n. 383/1934⁴⁴, il legislatore aveva affrontato, per la prima volta, la questione del silenzio amministrativo, ma unicamente in materia di ricorso gerarchico e nello specifico ambito della normativa su Comuni e Province⁴⁵.

Si trattava di una norma di rilevante importanza⁴⁶ perché, con essa, il legislatore dell'epoca disciplinava le ipotesi di silenzio in sede di ricorso gerarchico e, al contempo, pareva volersi esimere deliberatamente dall'affrontare la fattispecie del silenzio dinanzi ad un'istanza del privato inevasa nell'ambito della funzione di *amministrazione attiva*.

Essa costituiva l'unica disposizione legislativa che precedeva l'approvazione della Costituzione che contemplava espressamente un'ipotesi di silenzio significativo, sebbene fu ritenuta⁴⁷ suscettibile di estensione analogica a tutte le ipotesi in cui fosse

⁴⁴ Intitolato *Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale*.

⁴⁵ Tale articolo stabiliva (tra l'altro) che, «Salvo che la legge non disponga altrimenti, contro i provvedimenti delle autorità governative inferiori è ammesso ricorso in via gerarchica alle autorità superiori» e che «Trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso. Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione di tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato».

⁴⁶ Cfr. AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, Edizioni Plus, 2009, p. 87.

⁴⁷ La giurisprudenza amministrativa, dopo alcune esitazioni, pervenne a considerare la norma in questione espressione di un principio di carattere generale, riferibile a tutti i casi di inerzia delle P.A. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 534/1951; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 729/1956.

Il Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 8/1960 (in *Giur. it.*, 1960, III, p. 257 ss., con nota di E. Guicciardi, *Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico*), ha affermato che «Il cosiddetto silenzio-rigetto, e cioè l'omessa pronuncia dell'autorità superiore sul ricorso gerarchico, non è un 'atto', vale a dire una manifestazione di volontà dell'amministrazione, bensì un 'comportamento' (negativo) che la legge, indipendentemente da ogni elemento intenzionale in esso racchiuso, equipara – per una esigenza di certezza e di sollecitudine nella definizione dei rapporti di diritto pubblico – al rigetto del gravame».

infruttuosamente scaduto il termine per l'adozione di un provvedimento amministrativo⁴⁸. Il Costituente delineò, quindi, la tutela del giudice amministrativo in termini prettamente impugnatori e cassatori.

La Carta Repubblicana del 1948 imperniava, infatti, il sistema di giustizia amministrativa sull'impugnativa dell'atto amministrativo, e non su di un sindacato giudiziale sul rapporto o sul comportamento; impugnativa intentata al fine di eliminare l'atto stesso, nel caso in cui risultasse, ovvero (*rectius*) si ritenesse, viziato.

Su tali basi, era stato coniato, oltre che l'art. 103, pure l'art. 113 Cost., che, in tutti i suoi commi (1, 2 e 3), fa esclusivo riferimento agli «atti» della pubblica amministrazione, nonché (al c. 3) alla possibilità di «annullare» gli stessi. E, ciò, evidentemente, proprio perché, in tale periodo, non era *positivizzata* alcuna forma di silenzio non significativo della P.A.⁴⁹ nell'ambito della funzione di amministrazione attiva.

Nel complesso, quanto illustrato pare testimoniare il fatto che il Costituente, verosimilmente, si sia voluto riferire, all'interno dell'art. 103 Cost., a particolari materie, intendendo per esse «insiemi circoscritti di ambiti» in cui il legislatore ordinario avesse facoltà di «unificare e concentrare la tutela giurisdizionale» in capo al giudice amministrativo, per motivazioni logiche, sistematiche e storiche peculiari.

Ciò in quanto, in determinati ambiti, si riscontrava, più che in altri, la presenza di intrecci e commistioni tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tali da non risultare semplice distinguere le due situazioni giuridico-soggettive ai fini di individuarne il giudice munito di giurisdizione, secondo i criteri generali⁵⁰. Inoltre, una simile esigenza di concentrare la

⁴⁸ Dopo l'approvazione della Costituzione Repubblicana, per effetto dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 1199/1971, avente ad oggetto la *Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*, l'art. 5 del r.d. n. 383/1934 dovette ritenersi abrogato (v. art. 17 del medesimo d.P.R. n. 1199/1971). Sicché, gli studiosi e la giurisprudenza di quel periodo si posero il problema di ricercare un'altra disposizione che potesse essere applicabile analogicamente a tutte le fattispecie di silenzio-inadempimento. Prevalse l'opinione di autorevole dottrina che rinvenne nell'art. 25 del d.P.R. n. 3/1957, recante il *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili della Stato*, la norma, di portata generale, estensibile alle fattispecie in esame. In tal senso, si schierò Aldo Mazzini Sandulli. V. A.M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1973, p. 395 ss. e, spec., p. 398; Id., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, n. 4/1982, spec. p. 725. Questa posizione trovò un avallo da parte del Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 10/1978.

⁴⁹ La prima e storica pronuncia in materia di silenzio (rigetto) fu adottata dal Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 22 agosto 1902, n. 429 (in *Giur. it.*, 1902, III, 343, con nota anonima). Con essa, il massimo collegio amministrativo stabiliva che, «Ove contro il provvedimento di un'autorità inferiore sia accordato ricorso gerarchico, ma questo proposto, l'autorità superiore, nonostante replicate istanze e intimati atti d'uscire, non decida il ricorso, devesi argomentare, da questo prolungato silenzio, che l'autorità superiore fa suo il provvedimento impugnato ed è ammesso ricorso alla IV Sezione come provvedimento definitivo».

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 35/2010.

cognizione dinanzi al giudice amministrativo si poneva in relazione alla maggiore specializzazione e più spiccata vocazione che si reputava detenesse quest'ultimo a sindacare talune materie⁵¹.

Questa tesi pare confermata dall'esempio del pubblico impiego, che ha rappresentato, per lungo tempo, dall'entrata in vigore del r.d. n. 2840/1923⁵² e fino agli anni Novanta del secolo scorso in seguito alla *privatizzazione* del rapporto di lavoro della maggioranza dei dipendenti della P.A., attuata con il d.lgs. n. 29/1993⁵³, la più importante ed estesa materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale materia ricomprendeva, con riferimento a tutti i dipendenti pubblici, le più svariate controversie che potessero sorgere tra questi e la P.A., relative, connesse o conseguenti al rapporto di lavoro, sebbene quest'ultimo avesse una connotazione spiccatamente pubblicistica, basata sul potere di supremazia speciale detenuto dalla medesima P.A. nei confronti dei propri dipendenti.

Dunque, comunque si riferisse il termine *materia*, ossia all'ambito oggettivo di riferimento (controversie relative al rapporto di pubblico impiego), ovvero all'ambito soggettivo (pubblici dipendenti coinvolti e P.A.), sembrava venire in rilievo un ambito trasversale che investiva una pluralità di aspetti, spesso promiscui e disomogenei.

Ebbene, riprendendo quanto accennato all'inizio del presente lavoro, e in dissenso da quanto sostenuto nelle diverse pronunce giurisprudenziali (tra cui quelle citate in precedenza), va evidenziato che, sul piano della vigente legislazione ordinaria, la prospettata limitazione in ordine alle posizioni giuridico-soggettive tutelabili tramite il rito sul silenzio-inadempimento agli interessi legittimi, senza ricomprendervi anche i diritti soggettivi, appare discutibile, oltre che alla luce dell'art. 133 c.p.a., altresì sulla base del disposto dell'art. 31, c. 3, c.p.a.

Quest'ultima norma consente la valutazione della «fondatezza della pretesa dedotta in giudizio» da parte del giudice adito *ex art.* 117 c.p.a. solo qualora si tratta di «attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

⁵¹ Cfr. A. Cariola, cit., spec. p. 6.

⁵² Recante *Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale*.

⁵³ Intitolato *Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*.

Invero, nel caso di specie, la distinzione tra attività vincolata e/o situazioni in cui non sussistono ulteriori margini di discrezionalità e quella opposta in cui l'atto omesso sia (mediamente o altamente) discrezionale, sembra assolvere, almeno prevalentemente, ad una funzione di *spartiacque*. Più precisamente, nel senso che, nel primo caso, il giudice potrebbe valutare direttamente la fondatezza della pretesa dedotta, nel secondo, ciò gli sarebbe impedito e dovrebbe essere rimesso al commissario *ad acta* il compito di effettuare la valutazione in questione ai fini dell'adozione del provvedimento.

Appare evidente, tuttavia, che, proprio perché sussiste questa duplice possibilità, il rito sul silenzio-inadempimento sia attivabile per conseguire un provvedimento espresso non solo discrezionale, ma anche vincolato e, quindi, accogliendo l'orientamento classico, per superare l'inerzia che leda sia interessi legittimi, che diritti soggettivi⁵⁴.

A questo punto, è bene far riferimento alla ulteriore teoria tradizionale⁵⁵ che distingueva le “norme di azione” dalle “norme di relazione”, al fine di individuare la corrispondente situazione giuridica soggettiva dell'amministrato che potesse risultare lesa dalla loro violazione.

In proposito, la disposizione generale che impone alle P.A. la conclusione esplicita del procedimento nei termini prestabiliti, contenuta nell'art. 2 della l. n. 241/1990, sembra appartenere a quest'ultima categoria di norme, almeno nell'evenienza di *iter* procedimentale avviato su istanza di parte. Ciò in quanto una simile previsione è preordinata a regolare i rapporti intercorrenti tra P.A. e amministrati, ragion per cui, ove la teoria in questione non avesse perso di attualità e validità⁵⁶, la violazione di tale norma pare ledere diritti soggettivi.

Ebbene, nelle materie di giurisdizione esclusiva non pare indispensabile (come si diceva) che la condotta della pubblica amministrazione si traduca in un provvedimento costituente

⁵⁴ Il Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2420/2022, pur reputando limitata l'utilizzabilità del rito ex artt. 31 e 117, c.p.a. alla tutela di posizioni di interesse legittimo, puntualizza che sussiste la possibilità di formulare, in tale ambito, «un giudizio di spettanza del bene della vita agognato dal ricorrente, qualora si controverta in tema di 'azione vincolata' ed emerga la fondatezza sostanziale della pretesa azionata» *apud iudicem*.

⁵⁵ Fu Enrico Guicciardi a forgiare la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo sulla base della contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione: la violazione delle prime, da parte della pubblica amministrazione, lederebbe un interesse legittimo, mentre la violazione delle seconde sarebbe lesiva di un diritto soggettivo, con le conseguenze sul piano della ripartizione tra le giurisdizioni. Cfr. E. Guicciardi, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, CIII, III, 1967, p. 66 ss.; Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, *passim*.

⁵⁶ Circostanza questa sostenuta, ad esempio, da R. Nobile, *Norme d'azione e norme di relazione: una dicotomia da abbandonare*, in *Lexitalia.it*, 2000.

esercizio diretto di potere ovvero che essa sia propriamente esecutiva di un atto amministrativo⁵⁷.

Nel caso di silenzio-inadempimento, infatti, vi sarebbe un comportamento inerte *neutro* che si innesta nell'ambito di un procedimento amministrativo, cioè nel quadro di un *iter* pubblicistico avviato e preordinato all'adozione di un provvedimento espresso (positivo o negativo che sia per i soggetti interessati) in un dato termine; termine massimo che, tuttavia, non risulta rispettato dall'organo procedente⁵⁸.

Il legislatore ha rinforzato l'obbligo di portare a compimento, in modo esplicito, i procedimenti avviati ad istanza di parte (fatti salvi i casi, da esso stabiliti, di silenzio significativo), con la previsione dell'art. 2, c. 1, secondo periodo, l. n. 241/1990, inserito dalla l. n. 190/2012⁵⁹.

Secondo tale norma, le P.A., “se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza” della domanda “concludono il procedimento con un provvedimento espresso, redatto in forma semplificata⁶⁰, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”.

Sicché, nell'assetto normativo vigente, pare evidente che l'interessato che abbia prodotto alla P.A. un'istanza per avviare un procedimento, al fine di stimolare l'esercizio di una funzione di amministrazione attiva, vanti sempre un diritto soggettivo all'ottenimento di una risposta esplicita (di qualsiasi tipo), in tempi prestabiliti e resi pubblici⁶¹.

⁵⁷ Cfr. A. Romano Tassone, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in A. Cavallari, G. De Giorgi Cezzi, G.L. Pellegrino, P.L. Portaluri, E. Sticchi Damiani e A. Vantaggiato (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*. Atti del Convegno di Lecce, 12-13 novembre 2010, Napoli, Esi, 2011, p. 101 ss., e, spec., p. 111 ss., il quale osserva che la Consulta «non pretende che la giurisdizione esclusiva abbia ambito limitato all'esercizio di poteri autoritativi da parte della P.A., ma soltanto che l'amministrazione possieda tali poteri nelle materie oggetto di esclusiva attribuzione al giudice amministrativo da parte del legislatore».

⁵⁸ Cfr. F. Sciarretta, cit., p. 30, il quale sottolinea, in proposito, come possa essere sufficiente anche un collegamento in senso lato con l'esercizio del potere ravvisabile nella vicenda processuale nel suo complesso. Anche un comportamento atipico della pubblica amministrazione, purché tenuto nell'ambito di un procedimento o di un rapporto pubblicistico, può essere espressione – mediata o indiretta – di potere (Corte cost., sentenza n. 179/2016). Tutto ciò nella consapevolezza che il collegamento mediato con il potere è concetto che rimane non definito e neppure univoco. Per la nozione più ampia di esercizio indiretto del potere sembra deporre anche la progressiva trasformazione della giurisdizione amministrativa da giurisdizione sull'atto a giurisdizione sul rapporto (Corte cost., sentenza n. 179/2016).

⁵⁹ Recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

⁶⁰ In argomento v., in particolare, S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

⁶¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2420/2022, secondo cui, ogniquale volta la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda dall'intermediazione del pubblico potere, l'amministrazione è tenuta ad assumere una decisione espressa, anche qualora si faccia questione di procedimenti ad istanza di parte e l'organo procedente ravvisi ragioni ostative alla valutazione, nel merito, della relativa domanda: l'attuale

La P.A. può avere, e spesso detiene, in base alla legge, un potere discrezionale più o meno ampio nel determinare il *quid* e/o il *quomodo* del provvedimento da assumere. Più raramente, non possiede alcun margine di apprezzamento o di valutazione, neppure su tali aspetti. Comunque, non ha margini di libertà, salve le eccezioni rappresentate dal silenzio significativo (in cui la stessa P.A. provvede, sia pur in maniera inespressa) circa il dovere di esitare, in modo esplicito, il procedimento avviato, nel termine massimo previsto.

In altre parole, pare corretto ritenere che:

- rispetto all'obbligo di conclusione del procedimento nei termini prefissati e mediante un provvedimento amministrativo espresso, l'interessato sia sempre titolare di un diritto soggettivo;

- altrettanto dicasi (e, anzi, *a fortiori*) rispetto al caso di un provvedimento amministrativo richiesto e non emesso nei termini, sia vincolato per legge in ogni suo aspetto (ossia, oltre che nell'*an* e nel *quando*, anche nel *quid* e/o nel *quomodo*). Trattandosi, nella fattispecie in questione, di istanza prodotta per ottenere l'emanazione di un atto di diritto pubblico, e non di una richiesta di conclusione o di esecuzione di un negozio, di una obbligazione o di un atto *iure privatorum*, pare fraporsi, comunque, alla sua adozione, un'attività di intermediazione (sia pur di tipo meccanico e condizionata dalla sola verifica dei presupposti e delle condizioni di legge) della P.A., posta in essere nell'esercizio di una funzione amministrativa⁶²;

- ove, poi, si sia in presenza di una richiesta di un provvedimento favorevole (che sia) discrezionale nel *quid* e/o nel *quomodo*, il soggetto interessato sembra poter rivendicare un diritto soggettivo al perfezionamento del procedimento nei termini e poter vantare, invece, un interesse legittimo (pretensivo) al conseguimento dell'agognato bene della vita alla cui realizzazione l'istanza prodotta è preordinata.

È chiaro che il rito sul silenzio-inadempimento consente di ottenere, anche in via coattiva,

formulazione dell'art. 2, c. 1, primo periodo, l. n. 241/1990, pure in caso di «manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità ... della domanda», impone l'adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte.

⁶² Secondo il Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2420/2022, qualora le contestazioni del ricorrente non si riferiscano al mancato esercizio di un pubblico potere, ma a comportamenti inerti dell'amministrazione, ostativi alla realizzazione di un interesse qualificato e differenziato riconosciuto direttamente dal dato positivo – senza la necessaria intermediazione amministrativa –, l'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. non può, invece, essere esercitata, non potendosi accertare l'inottemperanza ad un obbligo (di conclusione del procedimento) inesistente, né potendosi disporre la condanna ad un *facere* provvedimentale, non rientrante tra le attribuzioni dell'amministrazione intimata.

per lo meno ove sia accertato un obbligo generico di provvedere, un atto amministrativo espresso, ma non anche, necessariamente ed in ogni caso, di segno positivo per il ricorrente. Tuttavia, pure nell'ipotesi di provvedimento *inaspettatamente* sfavorevole (in tutto o in parte) per il destinatario-ricorrente *ex artt.* 31 e 117 c.p.a., la sua sopravvenienza dovrebbe (o potrebbe) determinare (ferma restando la possibile impugnativa nel merito per eventuali vizi cui dovesse essere ritenuto affetto) quantomeno il venir meno di una situazione di incertezza, *medio tempore*, comunque rivelatasi pregiudizievole⁶³.

5. Rilievi critici e di ordine costituzionale.

Da quanto illustrato poc'anzi, un dato sembra emergere con chiarezza: la presenza, in ogni caso, di diritti soggettivi incisi o suscettibili di essere lesi in materia di silenzio-inadempimento.

L'interessato ha, infatti, sempre il diritto di ottenere una risposta dalla P.A. con una efficace e prestabilita scadenza temporale. Ciò, sia in ossequio ai principi di efficienza e buon andamento sanciti dall'art. 97, c. 2, Cost., sia nel rispetto dell'art. 41, c. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce al cittadino un diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dall'amministrazione pubblica, oltre che con imparzialità ed equità, anche entro un ragionevole termine.

Il fattore tempo, invero, assume un *valore ordinamentale* centrale nell'epoca moderna come componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata *ex art.* 41 Cost.⁶⁴.

Sul piano processuale, vanno considerate alcune criticità, anche di ordine costituzionale, che si realizzerebbero, accogliendo la delineata opinione, nettamente dominante in giurisprudenza e in dottrina, sul tema oggetto del presente approfondimento.

Infatti, il soggetto che si reputa leso dall'inerzia della P.A., al fine di poter ottenere l'agognato provvedimento, deve attivare sempre un unico giudizio nelle ipotesi di lesione

⁶³ Cfr. A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 212 ss.

⁶⁴ In tal senso, v. Cons. Stato, Commiss. spec., parere n. 929/2016. Sul tema cfr. A. Colavecchio, *Semplificazione amministrativa e tempi del procedimento*, in *Il Merito*, 2016; Id., *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *PA - Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 313 ss.

di un suo interesse legittimo. Lo stesso soggetto, invece, fatti salvi i casi in cui il mero accertamento dell'inadempimento e del derivante obbligo di provvedere della P.A., dichiarato dal giudice ordinario, sia o si rivelasse integralmente satisfattivo della propria pretesa, dovrebbe verosimilmente intentare due giudizi nelle ipotesi in cui l'omissione della P.A. ledesse un suo diritto soggettivo⁶⁵. In quest'ultima evenienza, esso sopporterebbe tutti gli oneri connessi ad una duplicazione delle difese: prolungamento dei tempi processuali, incremento delle spese da sostenere (si pensi al contributo unificato, agli onorari da corrispondere agli avvocati), ecc.

Invero, in precedenza, si era osservato⁶⁶ che, nel caso di procedimenti preordinati all'adozione di atti non discrezionali, i quali implicavano, per l'amministrazione, la mera verifica del possesso di determinati requisiti in capo al richiedente, il legislatore optasse, solitamente, per il meccanismo del silenzio-assenso⁶⁷ o della s.c.i.a.⁶⁸, anziché per

⁶⁵ Rileva A. Police, (voce) *Giurisdizione esclusiva*, cit., come, in particolare, nell'art. 24 Cost., il richiamo ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi ben poteva esser letto come una garanzia di totalizzazione della copertura giurisdizionale e, in questo senso, interpretato, non già in funzione di un obiettivo di discriminazione e separazione, bensì di completezza ed assolutezza della tutela giurisdizionale. Questa prospettiva, però, è rimasta inascoltata e, soprattutto a livello di elaborazione giurisprudenziale, è rimasta granitica la differenziazione delle forme di protezione assicurate alle diverse situazioni giuridiche soggettive nell'ambito della medesima giurisdizione esclusiva. Prima delle modifiche intervenute con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, del resto, l'attenzione si incentrava prevalentemente sul dato quantitativo delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva. Non avvedendosi, invece, che si impone uno strettissimo parallelismo tra il profilo dell'ampiezza (delle materie) della giurisdizione esclusiva e quello della qualità e sostanza della tutela giurisdizionale.

⁶⁶ In tal senso v. E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., p. 2 ss. e, spec., p. 8.

⁶⁷ A riguardo, v., tra gli altri, L. Giani, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), cit., p. 411 ss.; M. Andreis, *La conclusione inespressa del procedimento*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Morbidelli, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), cit., p. 265 ss.; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, n. 1/2006, p. 99 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 653 ss.; P.L. Portaluri, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Nuove auton.*, n. 3-4/2008, p. 657 ss.; M.A. Sandulli, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove auton.*, n. 3/2012, p. 435 ss.; N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 329 ss.; M. Calabrò, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10/2020; G. Mari, cit., p. 224 ss.; G. Corso, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove auton.*, n. 1/2021, p. 9 ss.; M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *Giustizia amministrativa*, n. 5/2022.

⁶⁸ In argomento, cfr. E. Boscolo, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001, p. 217 ss.; G. Acquarone, *La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), cit., p. 286 ss.; W. Giulietti, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), cit., p. 377 ss.; E. Scotti, *La segnalazione di inizio attività*, in A. Romano (a cura di), cit., p. 583 ss.; A. Travi, (voce) *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, p. 343 ss.; A. Police, *Contributo allo studio della dichiarazione di inizio di attività e della sua natura giuridica*, in *Nuove auton.*, n. 1-2/2008, p. 17 ss.; W. Giulietti, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008; M.A. Sandulli, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6/2010, p. 465

l'adozione di un provvedimento espresso.

Di conseguenza, si era evidenziato⁶⁹ come vi fosse, presumibilmente, una limitazione dell'operatività del silenzio-inadempimento a quelle fattispecie maggiormente connotate da discrezionalità amministrativa; mentre più rari sarebbero stati i casi di richieste, all'amministrazione, di provvedimenti espressi, il cui rilascio fosse meramente condizionato dalla sussistenza di presupposti rigidi.

Tuttavia, vanno considerate le numerose limitazioni (specie) *ratione materiae*, contenute nell'art. 20, c. 4, della l. n. 241/1990, all'applicabilità e operatività dell'istituto del silenzio-assenso.

Sono sottratti, infatti, alla disciplina del silenzio-assenso gli atti e procedimenti riguardanti interessi vitali o primari (salute, incolumità pubblica, ambiente, rischio idrogeologico, sicurezza, difesa, patrimonio culturale e paesaggistico, ecc.), sul presupposto che le fattispecie che vengono in rilievo necessitino di istruttorie complete e complesse e che gli interessi in gioco, data la loro rilevanza, risultino maggiormente garantiti da una conclusione espressa del procedimento. E, in un'analoga direzione, muove l'art. 19, c. 1, della l. n. 241/1990, in materia di s.c.i.a.

Nel complesso, vi sono molteplici procedimenti rientranti nelle materie di cui all'art. 20, c. 4, della l. n. 241/1990, volti all'adozione di provvedimenti vincolati in cui non si applica il regime del silenzio-assenso.

La legislazione vigente impone (al di là delle materie richiamate dagli artt. 20, c. 4, e 19, c. 1, della l. n. 241/1990), talvolta in maniera diretta, l'adozione di provvedimenti espressi, che presuppongono la verifica del possesso di specifici requisiti e puntuali condizioni definite normativamente, in capo al richiedente, senza che vi sia alcuna valutazione di merito, né ponderazione o comparazione di interessi pubblici e privati (potenzialmente)

ss.; E. Boscolo, *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in Riv. giur. urb., n. 3-4/2010, p. 580 ss.; B.G. Mattarella, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in Giorn. dir. amm., n. 12/2010, p. 1328 ss.; A. Travi, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in Foro it., n. 10/2011, c. 517 ss.; M. Ramajoli, *La S.c.i.a. e la tutela del terzo*, in Dir. proc. amm., n. 1/2012, p. 329 ss.; L. Bertone, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990*, in Dir. proc. amm., n. 1/2012, p. 215 ss.; E. Boscolo, *Scia e poteri in autotutela*, in Urb. e app., n. 10/2012, p. 1007 ss.; C. Lamberti, *La Scia tra liberalizzazione e semplificazione*, in Urb. e app., n. 1/2013, p. 11 ss.; M.A. Sandulli, *La segnalazione certificata di inizio di attività (S.c.i.a.) (art. 19 e 21, l. 241/1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 261 ss.

⁶⁹ V. E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, cit., p. 8.

coinvolti da parte delle amministrazioni competenti alla loro assunzione, e neppure l'applicazione di cognizioni o criteri di natura tecnica, opinabili o soggettivi. E ciò si verifica laddove, ad esempio, si rende necessario conferire fede pubblica oppure certezza a situazioni giuridiche. Si pensi ai passaporti richiesti e rilasciati dalle Questure, ai duplicati delle patenti di guida richiesti e rilasciati dalle Motorizzazioni civili, nelle varie ipotesi (smarrimento, furto, conversione, riclassificazione di titoli abilitanti la guida già in possesso dell'interessato), oppure agli atti o delibere di iscrizione in elenchi, albi e ruoli (gestori ambientali, periti ed esperti, conducenti, raccomandatari marittimi) tenuti e gestiti dalle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Si tratta di atti amministrativi preordinati, soprattutto, ad *accompagnare* documenti indispensabili per esercitare determinate libertà o facoltà o per svolgere alcune attività, con ciò permettendo, al contempo, un controllo da parte di autorità amministrative diverse dagli enti emittenti (es. autorità di polizia, di frontiera, ecc.).

In simili fattispecie, ove il richiedente il rilascio o l'iscrizione avesse *tutte le carte in regola* per poterli ottenere e, ciononostante, le P.A. competenti oltrepassassero il termine massimo prestabilito senza concludere il relativo procedimento in modo esplicito, si formerebbe un silenzio non significativo lesivo di diritti soggettivi. Un comportamento del genere sarebbe passibile, al di là di ripercussioni di carattere penale, di conseguenze risarcitorie (basti pensare al danno che subirebbe un soggetto a cui il ritardo o l'omissione impedisca di viaggiare o guidare veicoli all'estero) e, altresì, foriero di misure processuali attuative-sostitutive nei confronti dell'amministrazione inerte o morosa.

Va, a questo proposito, sottolineato come appaiano quantomeno di difficile verifica le ipotesi di sentenze del giudice ordinario che abbiano accertato l'inadempimento della P.A. rispetto, beninteso, all'obbligo di emanare un provvedimento espresso, che possano configurarsi come auto-esecutive o auto-applicative o auto-satisfattive⁷⁰.

È chiaro che il giudice ordinario, non potendo violare la c.d. riserva di amministrazione, non ha mai la possibilità di spingersi alla condanna della P.A. ad un *facere* specifico

⁷⁰ Il Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 2420/2022, ha precisato che il silenzio-inadempimento non può configurarsi in presenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo aventi ad oggetto un'utilità giuridico-economica attribuita direttamente dal dato positivo, non necessitante dell'intermediazione amministrativa per la sua acquisizione al patrimonio giuridico individuale della parte ricorrente. Tanto meno il procedimento avverso il silenzio può essere attivato per ottenere la tutela di diritti di credito nei confronti della pubblica amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 1904/2018; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3007/2008; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 5037/2021).

inerente alla sua attività istituzionale di natura pubblicistica, né, tanto meno, può sindacare la fondatezza di una istanza prodotta alla P.A.⁷¹ o sostituirsi alla stessa nell'adozione del provvedimento, ancorché dovuto.

Nella fattispecie, il giudice ordinario dovrebbe limitarsi ad accertare l'illegittimità del silenzio serbato, dichiarando l'esistenza e la spettanza della situazione giuridica soggettiva dedotta, ossia il diritto dell'interessato ad ottenere un provvedimento espresso dalla P.A., senza alcuna ulteriore specificazione e senza produrre alcuna ulteriore conseguenza giuridica nei confronti dell'amministrazione controparte nel processo.

Ovviamente, completamente diverso è il caso in cui venisse chiamato in causa il giudice amministrativo nella sede dell'ottemperanza⁷², laddove esso, detenendo una giurisdizione estesa al merito, ha il potere di conformare la situazione di fatto a quella di diritto cristallizzata dalla sentenza emessa a monte, determinando (anche direttamente) il tipo e il contenuto specifico del provvedimento da adottare e dando esecuzione alla propria statuizione.

Si pongono, tuttavia, alcuni interrogativi.

Il primo è se il giudice ordinario abbia o no la facoltà di emettere (in ogni caso) sentenze di mero accertamento nelle ipotesi di diritti soggettivi lesi dall'omissione nei termini prestabiliti di provvedimenti espressi da parte della P.A., in relazione a procedimenti avviati su istanza dell'interessato.

Tale dubbio sembrerebbe risolto o quanto meno temperato (anche indirettamente, e non solo) dall'orientamento giurisprudenziale e dottrinario consolidato in merito alle situazioni giuridico-soggettive tutelabili nel quadro del rito sul silenzio-inadempimento, cioè, unicamente, interessi legittimi.

Da questo filone giurisprudenziale e dottrinario, comunque, possono dedursi tre alternative:

- la lesione di diritti soggettivi non si può assolutamente configurare nel caso di inerzia nel

⁷¹ Risulta, comunque, proponibile una richiesta di condanna della P.A. ad un *facere* se la domanda non investe scelte ed atti autoritativi della stessa, ma attività soggetta al principio del *neminem laedere*. Lo ha ribadito la Cass. civ., Sez. VI, ordinanza n. 25843/2021.

⁷² Tra i volumi dedicati al giudizio di ottemperanza, alla luce del c.p.a., v. D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, Milano, Giuffrè, 2011; S. Castro, *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012; A. Mazza Labocchetta, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, Esi, 2012; G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; M. Sanino, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, Giappichelli, 2014; F. D'Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Assago, Altalex, 2015. V., inoltre, tra i contributi non monografici, S. Tarullo, (voce) *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2017, p. 559 ss.

rilascio di un provvedimento da parte della P.A. (il che appare un'ipotesi remota);

- il diritto all'ottenimento del provvedimento gode di una diversa modalità e differente procedura per la sua soddisfazione (anche) sul piano processuale (che potrebbe o dovrebbe essere rappresentata dal giudizio di ottemperanza, attivato a seguito del previo e positivo accertamento del giudice ordinario del diritto al conseguimento di un generico provvedimento);

- in ultima analisi, che un diritto soggettivo leso da un comportamento inerte della P.A., nel caso in esame, a differenza di un interesse legittimo, sia privo di qualsiasi tutela sul piano processuale, all'infuori di quella risarcitoria (il che appare paradossale) ed esecutiva civile (il che appare assai riduttivo).

La situazione è, quindi, alquanto ingarbugliata.

Di per sé, dalla disciplina applicabile al processo civile si desume che i presupposti generali affinché il giudice ordinario possa emettere una sentenza di mero accertamento sono la legittimazione e l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) e la necessità di acclarare e, quindi, conferire certezza giuridica in ordine alla sussistenza di un diritto⁷³.

Peraltro, ad aggravare la situazione di confusione, la normativa vigente sul processo amministrativo non chiarisce affatto se una sentenza di mero accertamento (nel caso di specie del giudice ordinario) possa essere attuata mediante il giudizio di ottemperanza [v. artt. 112 e 114, c. 1, lett. a), c.p.a.], mentre la giurisprudenza appare orientata, in via generale, verso l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione di sentenze di mero accertamento⁷⁴.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali vigenti che fa leva, in particolare, sugli artt. 24 e 113 Cost., ove si volesse categoricamente escludere l'esperibilità, nel caso in parola, del rito *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., potrebbe condurre alla conclusione affermativa, sulla base (anche) della considerazione che la fattispecie del silenzio-inadempimento è del tutto peculiare e della circostanza che l'azione generale di accertamento del giudice ordinario non è affatto concepita e sagomata su una simile ipotesi. In effetti, la condanna della P.A. ad adempiere, pur non potendo essere impartita formalmente dal giudice ordinario, può ritenersi implicita e insita nell'accertamento, da esso effettuato, della illegittimità del silenzio serbato e, quindi, nell'aver l'organo

⁷³ Cfr. G. Basilico, (voce) *Azione di accertamento (dir. proc. civ.)*, in *Treccani online*, 2018.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, la recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. V, sentenza n. 1878/2023.

giudicante appurato la violazione dell'obbligo di provvedere in modo espresso; obbligo e conseguente *comando* che discenderebbe, a quel punto, direttamente *ope legis* (ossia dal precetto contenuto nell'art. 2, c. 1, della l. n. 241/1990) e, indirettamente, *ope iudicis*.

Dunque, non sembrerebbe esservi, sostanzialmente, alcun *diritto nuovo ulteriore* rispetto a quello accertato dal giudice ordinario e neppure un diritto che può dirsi *conseguente o collegato* alla sentenza da eseguire; e ciò sebbene, evidentemente, la determinazione del contenuto del provvedimento finale non possa che spettare al giudice amministrativo di ottemperanza, ovvero, per esso, al commissario *ad acta*⁷⁵.

Fatte queste premesse, se si sposasse l'impostazione consolidata circa l'inammissibilità del ricorso al giudizio sul silenzio-inadempimento nel caso in cui l'inerzia della P.A. ledesse diritti soggettivi, la soluzione che appare più plausibile, rispetto all'obbligo di adozione di un provvedimento amministrativo esplicito, dovrebbe consistere in una sequenza *binaria* di interventi giudiziali. In prima battuta, del giudice ordinario, avente una portata limitatissima ed una connotazione di tipo meccanico, dovendo esso, ove sussistenti le condizioni di legge, creare il *presupposto logico-giuridico* per una successiva eventuale azione del giudice dell'ottemperanza, che avrebbe un ruolo e una funzione ben più pervasivi e sostanziali.

Nell'insieme, il frazionamento illustrato appare del tutto irrazionale e sterile e in aperta contraddizione con le ragioni storiche per cui è stata concepita la giurisdizione esclusiva,

⁷⁵ La giurisprudenza ha sostenuto che in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 462/2013; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 247/2002), e trovano ingresso solo questioni che sono state oggetto dell'accertamento nel giudizio di cognizione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 1412/2013; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 3023/2013; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 2911/2013). La più recente sentenza del TAR Toscana, Sez. II, n. 1336/2022, ha puntualizzato che il giudizio di ottemperanza, dinanzi al giudice amministrativo, delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario, ha come oggetto la verifica, da parte del primo, dell'esatto adempimento dell'amministrazione all'obbligo di conformarsi al giudicato del secondo, in modo tale da far conseguire all'interessato il bene della vita riconosciutogli dal g.o. in sede di giudizio di cognizione (Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4322/2013). L'intervento del g.a. è, quindi, funzionale all'esecuzione del comando contenuto nel giudicato ordinario e trova, altresì, in esso un limite, nel senso che, in sede di ottemperanza, non può attribuirsi un diritto ulteriore rispetto a quello risultante dall'esatta esecuzione del giudicato civile. In particolare, il g.a. non può procedere all'integrazione del giudicato del g.o. né alla risoluzione (con spendita, quindi, di un ulteriore segmento di potere giurisdizionale di cognizione) di questioni giuridiche non risolte dal giudice ordinario. Qualora, infatti, il giudice amministrativo procedesse in tal senso, finirebbe per sconfinare nella giurisdizione del giudice ordinario, venendo ad accertare la consistenza di diritti che appartengono alla cognizione di quest'ultimo (in tal senso, TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza n. 1645/2018). Ne consegue che, se la pretesa del ricorrente non costituisce mera esecuzione del giudicato del giudice civile, il ricorso per ottemperanza deve essere dichiarato inammissibile, spettando la relativa cognizione al giudice ordinario.

recepite, sia pur implicitamente, nel Testo costituzionale.

In pratica, nel caso in esame, il giudice ordinario avrebbe, di fatto, un ruolo del tutto marginale, se non inutile, ai fini della tutela della parte lesa.

Sarebbe, così, svilito il principio alla base della giurisdizione esclusiva, ovvero quello di concentrazione delle tutele che, sotto un certo angolo visuale, nell'ambito in questione (silenzio-inadempimento), più che in altri, dovrebbe essere garantito.

Un'ulteriore problematicità consiste nel fatto che, in via generale, per ottenere l'esecuzione, attraverso il giudizio di ottemperanza, delle statuizioni del giudice ordinario è necessario attendere che esse passino in giudicato, secondo quanto previsto dall'art. 114, c. 2, lett. c), c.p.a. Ciò priverebbe, nel caso di specie, sovente, di utilità lo stesso provvedimento tardivamente ottenuto. Sicché, la tutela giurisdizionale di diritti soggettivi, nell'ambito in questione, risulterebbe più lenta, farraginosa, dispendiosa e, dunque, spesso anche meno efficace per l'interessato rispetto a quella relativa agli interessi legittimi⁷⁶. E una simile conclusione appare, evidentemente, illogica e aberrante.

Quindi, la complessiva situazione di consistente disparità, sul piano processuale (con risvolti, pure, economici), parrebbe porsi in aperto conflitto con taluni principi e norme della Costituzione Repubblicana, in particolar modo con gli artt. 24, 25, 101, 111 e 113, Cost., nonché della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani (CEDU), specie gli artt. 6 e 13, e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), letti in correlazione con i principi fondamentali costituzionali di uguaglianza, formale e sostanziale (art. 3, cc. 1 e 2, Cost.), e di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2, c. 1, Cost.).

In tal modo, sarebbero vulnerati i principi di economia, semplificazione, speditezza, concentrazione processuale, efficienza, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo; principi che trovano un loro riconoscimento anche negli artt. 1, 2 e 7, c. 7, c.p.a.

⁷⁶ Evidenzia F. Sciarretta, cit., p. 16, come l'effettività della tutela si realizza – dispone ora l'art. 7, c. 7, c.p.a. – attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela (degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi), che deve essere garantita facendo applicazione della specifica disciplina del processo amministrativo. Se si fa riferimento alla concezione evoluta di giurisdizione, la distinzione tra giurisdizione esclusiva e quella di legittimità sembra scolorire in ragione del rispettivo contenuto in termini di azioni esperibili e di poteri cognitori, istruttori, e decisorii. In entrambe le sedi giurisdizionali, possono essere proposte le medesime domande ed essere richiesti gli stessi provvedimenti giudiziali. Nessuna differenza vi è riguardo ai mezzi istruttori dei quali il giudice si può avvalere.

Non va sottaciuto, poi, che le fasi e azioni processuali indicate (accertamento e condanna) appaiono della medesima indole, in quanto propedeutiche e orientate allo stesso fine, ossia a consentire l'ottenimento, da parte dell'interessato, di un provvedimento amministrativo espresso, in *qualunque fattispecie o ambito in cui essi si inseriscono*.

E, del resto, pure l'attuazione o esecuzione coattiva, tramite un commissario *ad acta*, dell'ordine giudiziale di provvedere ha la stessa natura e finalità, nonché analoghe modalità di estrinsecazione, sia nel quadro del rito azionato *ex artt. 31 e 117 c.p.a.*, sia nell'ambito di quello attivato *ex artt. 112 e ss. c.p.a.*

Sostenere l'inammissibilità del ricorso sul silenzio-inadempimento e la necessità di uno sdoppiamento del mero accertamento e delle ulteriori fasi di condanna e di esecuzione dinanzi a due ordini giurisdizionali differenti, nell'ipotesi in rilievo, come soluzione costituzionalmente obbligata, significherebbe assecondare un'interpretazione che si pone, tutt'al più, solo formalmente e, al limite, solo letteralmente in aderenza con l'art. 103, c. 1, Cost.

Una simile opzione ermeneutica sembra collocarsi, oltre che in antitesi con i principi e le plurime norme costituzionali prima elencate, in stridente contrasto con il diritto dell'Unione europea, che impone di marginalizzare, se non ignorare, nei diversi istituti, gli aspetti privi di qualsivoglia carattere o ricaduta sostanziali. Ciò, considerando, soprattutto, la circostanza che il soddisfacimento concreto del diritto dell'interessato, in caso di comportamento ulteriormente ostruzionistico ovvero di mancata collaborazione da parte della P.A., resterebbe realizzato attraverso l'intervento del giudice amministrativo (e/o, per esso, del suo commissario), nel rispetto del sistema binario di tutela nei confronti della P.A., proiezione del principio della divisione dei poteri.

Ove, poi, si reputasse impraticabile l'esperimento di qualsiasi azione processuale per ottenere un provvedimento espresso, non emesso al termine del procedimento, che sia lesivo di un diritto soggettivo (ossia, se si reputasse improponibile sia il rito *ex artt. 31 e 117 c.p.a.*, sia quello *ex artt. 112 e ss. c.p.a.*), si registrerebbe un vero e proprio *vulnus* del sistema costituzionale di tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Tale prospettiva si porrebbe in aperto contrasto, in primo luogo, con i valori costituzionali di cui agli artt. 1, 2 e 3, Cost., con gli ulteriori principi costituzionali e, su tutti, quelli rappresentati dagli artt. 24, 25, 101, 103, 111 e 113, nonché con plurimi principi

sovrnazionali ed internazionali.

6. Conclusioni.

La questione che, più da vicino, tocca il tema del silenzio non significativo attiene ai criteri per individuare le materie di giurisdizione esclusiva. Allo stato attuale appare improbabile una revisione costituzionale che possa meglio chiarire la portata e i margini a disposizione del legislatore ordinario per delimitarne gli ambiti.

In realtà, il rispetto dei suindicati artt. 24, 25, 101, 103, 111 e 113, Cost., letti in correlazione con l'art. 3 Cost., imporrebbe di eliminare le promiscuità ed ambiguità insite nell'attuale assetto normativo.

Tuttavia, sul piano teorico, non pare corretta la soluzione di ridurre drasticamente le materie (attualmente) rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, limitando gli ambiti oggettivi a quelli che presentano, in maniera più estrema e radicale, i caratteri individuati dalla giurisprudenza costituzionale. E ciò sia che si realizzi mediante un intervento correttivo del legislatore, sia attraverso una declaratoria di incostituzionalità di più norme da parte della Consulta, chiamata in causa.

Non sembrano, d'altra parte, impeccabili e sempre coerenti ed univoche le posizioni assunte dalla Corte costituzionale, nelle varie decisioni adottate in merito, a partire dalla sentenza n. 204/2004.

Dal ragionamento seguito dal giudice delle leggi e da quello amministrativo, nelle diverse pronunce in merito, infatti, parrebbe desumersi che il silenzio-inadempimento costituisca un ambito proteiforme, il quale mal si attaglia ad essere assoggettato alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Di conseguenza, potrebbe delinearsi la prospettiva che si pervenga ad estraniare, almeno in parte, dalle relative materie, l'ambito in esame; soluzione, questa, che, per quanto illustrato, comporterebbe pesanti conseguenze per una piena tutela giurisdizionale dei cittadini e, più in generale, dei soggetti privati e pubblici incisi dall'azione amministrativa o dall'inerzia della P.A.⁷⁷.

⁷⁷ Va segnalato, a riguardo, il *favor legis* degli ultimi tempi verso il rafforzamento e la valorizzazione dei meccanismi di sostituzione, in via amministrativa, dei soggetti o degli organi inerti o morosi. In particolare,

Va considerato, infatti, che non si potrebbe mai generalizzare l'operatività degli istituti del silenzio significativo e della s.c.i.a. a tutte le possibili ipotesi di attività vincolate della P.A., in quanto vi sono molteplici procedimenti amministrativi che devono imprescindibilmente concludersi con provvedimenti formali espressi.

Una simile constatazione dovrebbe sospingere verso un orientamento più moderato e duttile, preservando la continuità dell'ordinamento e in ossequio ad una diversa *ratio* insita nelle disposizioni costituzionali involgenti, più o meno direttamente (sul piano interno), la difesa nei confronti della P.A. (artt. 24, 25, 101, 103, 111 e 113, Cost.) e, comunque, all'insegna del principio di *eccezionalità* della giurisdizione esclusiva (art. 103, c. 1, Cost.) e di uguaglianza (art. 3, Cost.), con tutti i corollari che ne discendono.

In quest'ultima ipotesi, in linea con le ragioni storiche per cui tale giurisdizione è stata concepita, nonché in armonia con l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, potrebbero essere, al più, ricalibrate alcune disposizioni di legge vigenti, senza smantellare o stravolgere l'attuale assetto e, comunque, in ossequio ai criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

In definitiva, la specifica tutela avverso il silenzio, così come disciplinata ora dagli artt. 31 e 117, c.p.a., alla luce di una visione complessiva e comparativa di tutti i valori e principi ordinamentali, dovrebbe involgere ogni ambito in cui la legge preveda la formazione del silenzio non significativo.

In tal senso, essa dovrebbe coprire, con analoghe modalità, incombenze, garanzie ed effetti i casi in cui l'inerzia della P.A. provochi sia lesioni di interessi legittimi sia di diritti soggettivi.

con il d.l. n. 5/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35/2012, è stato coniato l'istituto della c.d. sostituzione interna, la cui disciplina è recata dai cc. 9-bis, 9-ter e 9-quater dell'art. 2 della l. n. 241/1990, come novellati, da ultimo, dal d.l. n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108/2021.

Tale istituto presenta i vantaggi di poter pervenire, senza particolari formalità e oneri economici, nonché in tempi brevi, al medesimo risultato cui è preordinato il rito ex artt. 31 e 117 c.p.a.

Resta il fatto, però, che il grado di coattività dello strumento attivato non è identico, poiché l'ordine dell'autorità giudiziaria di provvedere entro un determinato termine e l'eventuale azionamento di un commissario *ad acta* sul fronte processuale garantiscono la sicurezza assoluta circa l'ottenimento del provvedimento, che, nella sostituzione interna, non raggiunge la medesima intensità. A riguardo, in dottrina, v. S. Tarullo, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal d.l. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in *Giustizia amministrativa*, n. 2/2012; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 195 ss.; S. Villamena, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, Giappichelli, 2020. Per una breve analisi dell'attuale disciplina, si rinvia a A. Colavecchio e S. Pignataro, *L'obbligo di provvedere e i termini per la conclusione del procedimento*, in A. Giordano (a cura di), *Il procedimento amministrativo: tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2021, pp. 68-71.

Al di là di possibili interventi correttivi del legislatore o della Corte costituzionale, anche a legislazione inalterata, non sembrano affatto incontrovertibili le forti resistenze frapposte al riconoscimento, nella fattispecie del silenzio-inadempimento, di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che fosse adito *ex artt. 31, 117 e 133, c. 1, lett. a), n. 3), c.p.a.*, non dissimile dalle altre.

Queste ultime norme paiono consentire l'attivazione di un rimedio giurisdizionale tipico per arginare le (possibili) ipotesi di inerzia della P.A. rispetto ad un obbligo di provvedere in modo espresso e in tempi certi; fattispecie comunque *circoscritte*, sebbene in maniera *meno marcata di altre* e sia pur indirettamente, dalla legge.

Ovviamente, il ragionamento seguito finora non può avere valore assoluto e categorico, dovendo la cognizione del giudice amministrativo arrestarsi laddove l'istanza inevasa abbia ad oggetto una materia attribuita, *ex lege* ed *expressis verbis*, alla giurisdizione di altra autorità giudiziaria⁷⁸.

Abstract: Il presente saggio approfondisce due aspetti problematici concernenti la tutela giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento. Il primo riguarda il riferimento alle «particolari materie» (art. 103, c. 1, Cost.) che consentono l'affidamento, da parte del legislatore ordinario, di determinate controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il secondo, strettamente connesso al primo, riguarda la limitazione, affermata dalla giurisprudenza pressoché incontrastata e dalla dottrina nettamente dominante, della tutela nei confronti della P.A. delle situazioni giuridico-soggettive alle posizioni di interesse legittimo, ai fini dell'azionabilità del rito sul silenzio non significativo (artt. 31, 117 e 133, c. 1, lett. a), n. 3), c.p.a.), e le relative implicazioni.

Abstract: This essay explores two problematic aspects concerning the judicial protection against silence-nonexecution. The first refers to the «specific matters» (art. 103, Constitution) which allow the legislative entrustment of certain controversies to the exclusive jurisdiction of the administrative judge. The second, closely connected to the first, concerns the limitation, affirmed by the almost unchallenged jurisprudence and by the dominant doctrine of the protection against the Public Administration of the juridical-subjective positions of legitimate interest, for the purpose of activating the rite on the non

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 987/2016; TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, sentenza n. 24/2012.

significant silence (art. 31, 117 and 133, Code of administrative trial) and its related implications.

Parole chiave: Rito sul silenzio-inadempimento – giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – particolari materie – provvedimenti amministrativi vincolati – posizioni giuridico-soggettive tutelabili.

Key words: Rite on the non significant silence – exclusive jurisdiction of the administrative judge – specific matters – bonded administrative deeds – protectable juridical-subjective positions.

DIRITTO ALLA SALUTE E DIRITTO PUNITIVO NEL SISTEMA DELLE «DISPOSIZIONI PER IL DEFINITIVO SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI»^{*}.

di Francesco Schiaffo^{**}

Sommario. 1. La ricerca di un nuovo equilibrio tra diritto alla salute e diritto punitivo nella legislazione per il superamento degli O.P.G.: la sconcertante semplificazione di una complessa vicenda legislativa. – 1.1. L'ipotesi di una *sostituzione* degli OPG e le interpretazioni della Corte costituzionale tra rigorose smentite e audaci ripensamenti. – 1.2. L'ipotesi della *sostituzione* e la *longue durée* di insostenibili orientamenti politico-sociali. – 1.3. Una insolita ma rinnovata strategia di effettività: la scelta del numero chiuso di posti letto tra S.P.D.C. e R.E.M.S. – 2. Il contesto storico della riforma di cui alla legge n. 9/2012. – 3. Il diritto alla salute e il diritto punitivo: la attualità delle tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico dopo l'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011. – 3.1. La duplice ed inequivocabile scelta legislativa di sussidiarietà e di nuove modalità di esecuzione per le tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico. – 4. Il diritto punitivo e «la tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione»: le ragioni costituzionali. – 5. Ipotesi ermeneutiche sulle ragioni di un singolare equivoco: il dato letterale e l'acronimo di parole mai comparse nelle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari». – 6. Il legislatore e il contesto storico ed istituzionale della riforma: l'interpretazione dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 oltre il dato letterale e ai margini di *disposizioni ingenuamente realistiche*. – 7. L'interpretazione delle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» tra *testo*, *parole* e *costruzioni sistematiche*. – 8. Il diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria: le disposizioni dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 e la inevitabile prospettiva della mera «esecuzione» di tradizionali misure di sicurezza.

1. La ricerca di un nuovo equilibrio tra diritto alla salute e diritto punitivo nella legislazione per il superamento degli O.P.G.: la sconcertante semplificazione di una complessa vicenda legislativa.

Le strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter aggiunto al d.l. n. 211/2011 con la legge di conversione n. 9/2012 e, poi, immediatamente modificate con altri sei provvedimenti legislativi approvati nel volgere di un tempo brevissimo hanno rappresentato, nella storia dell'ordinamento giuridico-penale

^{*} Sottoposto a referaggio.

^{**} Professore Ordinario di Diritto Penale – Università di Salerno.

italiano, un momento fondamentale ed a lungo atteso per l'adeguamento della tutela del diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria al regime ordinario della tutela della salute mentale.

Nonostante l'evidente indice di insolita complessità rappresentato dai numeri interventi legislativi intervenuti in pochissimo tempo, la progressiva revisione delle disposizioni originariamente approvate ha sempre avuto un orientamento chiaro ed univoco¹: ciò, però, non ha impedito, ma, anzi, sembra aver determinato l'esito di una disciplina complessiva che, riferita ad un problema con importanti implicazioni extra-penalistiche, è risultata necessariamente articolata.

Continua ad essere riproposta, tuttavia, una sconcertante semplificazione della riforma intervenuta, secondo cui, con la disciplina di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, gli OPG sarebbero stati sostituiti con le REMS non solo nella organizzazione delle strutture per l'esecuzione delle sanzioni penali, ma addirittura anche negli assetti fondamentali del sistema normativo delle misure di sicurezza.

1.1. L'ipotesi di una *sostituzione* degli OPG e le interpretazioni della Corte costituzionale tra rigorose smentite e audaci ripensamenti.

In particolare, una semplificazione posta in questi termini sembra incoraggiata, oggi, anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 22/2022, sembra proporre un orientamento del tutto opposto a quello inequivocabilmente affermato dalla stessa Corte solo tre anni prima con la sentenza n. 99/2019.

In quella sede, infatti, la Corte aveva chiaramente sostenuto che «le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste o determinazione»².

¹ Sul punto cfr. A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it* n. 2/2015, par. 5 che efficacemente sintetizza la progressiva revisione legislativa del testo originario dell'art.3-ter aggiunto con la legge n. 9/2012, rappresentandola "nell'essenziale [...] così: dalla originaria prospettiva di una progressiva sanitarizzazione degli Opg alla loro sostituzione con strutture custodiali più dignitose e terapeuticamente efficaci, cui si affianca successivamente l'alternativa di percorsi riabilitativi nel territorio per i folli rei non più pericolosi fino a spostare il baricentro legislativo sul versante della cura individuale per tutti gli internati, a scapito di una opzione custodiale ridotta ad *extrema ratio*".

² Corte cost., sentenza n. 99/2019, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 3.2. del Considerato in diritto: in esplicito e specifico riferimento alla «nella fondamentale sentenza» della Corte

Tre anni dopo, invece, nella sentenza n. 22/2022 la Corte ipotizza espressamente una sorta di «clausola di ‘trasformazione automatica’» nelle disposizioni di cui all’art. 3-ter³ tra le quali sarebbe prevista, in particolare, la «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o dell’assegnazione a casa di cura e custodia, ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria, con l’assegnazione a una REMS».

Addirittura – afferma la Corte – «quest’ultima costituisce così, a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza»⁴.

1.2. L’ipotesi della *sostituzione* e la *longue durée* di insostenibili orientamenti politico-sociali.

Date le origini, l’evoluzione, il tenore letterale e il contesto sistematico delle disposizioni vigenti che disciplinano il superamento degli OPG, una simile semplificazione sembra, tuttavia, insostenibile sia per quanto concerne gli assetti fondamentali del sistema normativo delle misure di sicurezza, che in riferimento alla organizzazione di servizi e strutture per la relativa esecuzione penitenziaria.

Sotto il primo profilo, infatti, essa potrebbe non avere un affidabile fondamento normativo nella legislazione vigente che, anzi, sembra deporre in tutt’altro senso.

Per altro verso, invece, la stessa semplificazione potrebbe offrire una rappresentazione solo minima e comunque molto parziale degli esiti prodotti dalla riforma: dei sei OPG che fino a una dozzina di anni fa erano dislocati sul territorio nazionale, indubbiamente non ne esiste più neppure uno, ma è impensabile ed inverosimile che essi siano stati sostituiti (soltanto) con le REMS.

In qualsiasi contesto comunicativo, quindi, continuare a riproporre la stessa

costituzionale per tutti, sul punto, cfr. M. Pelissero, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta, L. Ricci e A. Savarino (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 9 ss., p. 12.

³ Corte cost., sentenza n. 22/2022, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5. 2023), punto 5.3.2. del Considerato in diritto.

⁴ Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.1. del Considerato in diritto; per una diversa ed articolata interpretazione della sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale cfr. D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo. Tra poteri istruttori e sindacato della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 553 ss.

semplificazione significherebbe dare una rappresentazione della riforma fuorviante e distorta perché probabilmente compromessa dall'implicito postulato della condivisione di logiche di internamento e di segregazione ovvero di orientamenti politico-sociali, politico-sanitari e politico-criminali risalenti ed incompatibili con l'attuale contesto giuridico-costituzionale⁵.

Peraltro, condividendo anche i criteri di efficacia proposti nell'ambito degli stessi orientamenti, la suddetta rappresentazione parziale, distorta e fuorviante della riforma intervenuta finirebbe per esporla anche al rischio di un confronto inevitabilmente fallimentare con il sistema precedente.

Se, poi, ciò accade anche in contesti particolarmente qualificati (o addirittura istituzionali) del dibattito giuridico, diventa più probabile l'esito di una ulteriore revisione – se non addirittura la controriforma – delle strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, la cui reale complessità rischierebbe, così, di rimanere in gran parte irrimediabilmente travisata.

1.3. Una insolita ma rinnovata strategia di effettività: la scelta del numero chiuso di posti letto tra S.P.D.C. e R.E.M.S.

Nella prospettiva della sostanziale condivisione e, quindi, della reiterazione di desueti ed ormai insostenibili orientamenti politico-sociali, politico-sanitari e politico criminali, rischiano di collocarsi, d'altra parte, anche le motivazioni della stessa sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale, laddove si concludono con una singolare *agenda politica* per la definizione della necessità di ulteriori interventi di riforma.

Si tratta di indicazioni che, nel merito, appaiono in gran parte pienamente condivisibili⁶,

⁵ In questa prospettiva sembrano ricorrere le ragioni del modello storiografico della *longue durée* teorizzato dalla scuola francese degli *Annales* ed efficacemente rappresentata nel fondamentale testo di F. Braudel, *Historie et Sciences sociales. La longue durée*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisation*, 1958, p. 725 ss. che, come è noto, in alternativa ad una storiografia abbagliata dalla “scoperta massiccia di fonti documentarie [che] ha fatto credere allo storico che tutta la verità stesse nella autenticità documentaria» e, quindi, «impernata sul dramma dei ‘grandi avvenimenti’» (op. cit., p. 729) e propone, invece, “una storiografia di lunga, addirittura di lunghissima durata” (op. cit., p. 727) consapevole dell’“immenso dominio della cultura” (op. cit., p. 732).

⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La tutela della salute mentale per «eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione» e il «definitivo superamento» degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti*, in *La legislazione penale*, n. 3/2022, p. 139 ss., p.148 ss.

ma che, per altro verso, sembrano contraddire l'orientamento costantemente perseguito con la progressiva revisione e integrazione legislativa delle disposizioni inizialmente introdotte con il testo originario dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

In particolare, desta perplessità l'auspicio della Corte relativo alla «realizzazione [...], sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni»⁷.

Evidentemente sarebbe questa la soluzione per la «problematicità dell'esistenza di liste di attesa nell'esecuzione di provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria» (valutate, tuttavia, 'in costante calo' pressoché contemporaneamente dalla Ministra della giustizia⁸) che la Corte «non può [...] non rilevare», anche se espressamente sceglie di non pronunciarsi sulle relative cause affermando che «non spetta» ad essa «stabilire se [...] l'esistenza di lunghe liste d'attesa sia ascrivibile» ad «un eccesso di provvedimenti di assegnazione alle REMS da parte dell'autorità giudiziaria in conseguenza di una diffusa mancata adesione al nuovo approccio culturale sotteso alla riforma» intervenuta «come sostenuto dal Ministero della salute unitamente alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome»⁹ a seguito della istruttoria promossa che, prima della sentenza n. 22/2022, la stessa Corte ha promosso con la ordinanza n. 131/2021.

In quanto rappresentato senza una chiara definizione delle cause e, quindi, dei criteri per valutare il reale fabbisogno di strutture, l'auspicio della Corte di «un numero di REMS sufficiente» rischia in modo esemplare non solo di risolversi in un pretesto per assecondare ancora diffuse ed ostinate, sebbene ormai insostenibili logiche di segregazione, ma anche e soprattutto di compromettere radicalmente una essenziale strategia di effettività del sistema progettato e già implementato.

Analogamente a quanto accadde in occasione del superamento degli ospedali psichiatrici civili con la disciplina rigorosamente limitativa per la istituzione dei nuovi «servizi psichiatrici di diagnosi e cura» (S.P.D.C.) di cui all'art. 6, co. 3, legge n. 180/1978¹⁰, un

⁷ Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 6 del Considerato in diritto.

⁸ Cfr. *Relazione annuale al Parlamento della Ministra della giustizia Marta Cartabia (19 gennaio 2022)*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1642596273_relazione-annuale-parlamento-ministra-marta-cartabia-amministrazione-della-giustizia-19-gennaio-2022.pdf (consultato il 22.5.2023) laddove, con evidente soddisfazione ed esplicito "piacere", la ministra sceglieva di "segnalare che è in costante calo il numero dei detenuti in attesa di entrare nelle REMS: erano 98 nell'ottobre 2020, divenuti 35 nella stessa data del 2021" evidenziando, quindi, una riduzione che, nell'arco di un solo anno, rasentava i 2/3 del dato iniziale e lo portava, pertanto, quasi ad 1/3.

⁹ Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.4. del Considerato in diritto.

¹⁰ Cfr. *infra* par. 4.

numero tendenzialmente chiuso di posti nelle REMS oggi è importante – se non addirittura decisivo – per il reale superamento degli OPG e per la deistituzionalizzazione del paziente psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato.

In entrambi i casi, infatti, il numero chiuso ha rappresentato una autentica *chiave di volta* del nuovo sistema¹¹ in quanto vincolo di necessaria efficacia di un intervento terapeutico¹² realizzato senza segregazioni o, comunque, senza ricoveri prolungati ovvero realizzato in termini del tutto conformi ai principi della tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e agli altri principi di riferimento delle leggi n. 180 e 833 del 1978¹³.

Nella particolare prospettiva di valutazioni di effettività – che dovrebbero essere decisive nell'ordinamento giuridico-costituzionale espressamente radicato nel “secolo che riscopre la fattualità del diritto”¹⁴ –, la scelta di rendere disponibile un numero limitato e tendenzialmente chiuso di posti nelle REMS – come già la analoga scelta fatta a suo tempo con l'istituzione degli SPDC – sembra configurare una interessantissima soluzione di “effettività primaria” che prescinde del tutto da qualsiasi esigenza di effettività anche “secondaria”¹⁵: grazie ad essa, infatti, la normativa per il «definitivo superamento» degli OPG sembra in grado di realizzare tutti gli obiettivi perseguiti indipendentemente dalla comminazione di qualsiasi tipo di sanzione.

¹¹ Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS*, in *Diritto e giustizia minorile*, n. 3-4/2021, p. 31 ss.

¹² In tal senso anche F. Corleone, *Abbatere il muro dell'imputabilità. Una proposta che guarda oltre*, in *La legislazione penale*, n. 2/2021, p. 457 ss., p. 461.

¹³ Sul punto v. *infra* par. 3 e par. 4.

¹⁴ In tal senso P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in Id., *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, p.60 ss., 68 ss., secondo cui “il secolo che riscopre la fattualità del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi” (op. cit., p. 69) che, nel testo definitivo della Costituzione, emergono in modo esemplare nell'affermazione del «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano «di fatto la libertà e l'uguaglianza» di cui all'art. 3, co. 2.

¹⁵ Posta una particolare rivisitazione della fondamentale distinzione kelseniana tra norme primarie e norme secondarie e, quindi, la definizione delle norme “prescrittive di obblighi o divieti” come “norme primarie” e delle norme “prescrittive delle relative sanzioni” come “norme secondarie”, propone di “distinguere l'effettività (e l'ineffettività) primaria o di primo grado, che è assicurata dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme primarie e delle relative garanzie primarie (nonché dei relativi diritti) e l'effettività (e l'ineffettività) secondaria o di secondo grado, assicurata invece dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme secondarie e delle connesse garanzie secondarie (e con esse, di nuovo, dei relativi diritti)” L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. Catania (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, p. 129 ss., p. 131 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).

2. Il contesto storico della riforma di cui alla legge n. 9/2012.

L'occasione per aggiungere, in sede di conversione, un ulteriore articolo al d.l. n. 211/2011 «per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento» fu data dalla particolare ed evidente rilevanza politica assunta dalla necessità di dare un ulteriore e decisivo impulso al «programma per il superamento graduale degli OPG» già previsto nell'Allegato C al d.P.C.M. del 1.4.2008 sulla riorganizzazione della sanità penitenziaria¹⁶. Si trattava, in particolare, di rivedere ed integrare quel programma al fine di adeguare l'ordinamento giuridico italiano alle sollecitazioni che, intanto, erano emerse anche formalmente in ambito europeo con la visita fatta dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) nell'OPG di Aversa nel settembre del 2008 e con il relativo *report* del 9 aprile 2009 che fu pubblicato sul sito istituzionale del Comitato dopo circa un anno¹⁷.

Al momento della conversione in legge del d.l. n. 211/2011 era trascorso un ulteriore anno dopo la pubblicazione del *report*, ma, intanto, a seguito dell'intervento del CPT, sollecitazioni analoghe e più dettagliate erano emerse anche dalle valutazioni della Commissione parlamentare di inchiesta sulla efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale che, dopo essere entrata in ciascuno dei sei OPG all'epoca ancora presenti sul territorio nazionale, nel luglio del 2011 approvò una Relazione espressamente intitolata alle «condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari»¹⁸.

Dopo la conversione in legge del d.l. n. 211/2011, alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare si aggiunsero, infine, anche le parole perentorie ed inequivocabili del Presidente della Repubblica che colse l'occasione del messaggio di fine

¹⁶ Sulle iniziative relative agli OPG assunte in ambito europeo e nazionale anche prima del d.P.C.M. del 1.4.2008 cfr., per tutti, A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., par. 3.

¹⁷ Il *report* sulla visita fatta dal CPT nell'OPG di Aversa tra il 14 e il 16 settembre 2008 risale al 9 aprile 2009 e fu pubblicato il 20 aprile 2010: cfr. <https://hudoc.cpt.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22aversa%22%5D,%22sort%22:%5B%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22%5D,%22CPTSectionID%22:%5B%22p-ita-20080914-en-45%22%5D%7D> (consultato il 22.5.2023).

¹⁸ La *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari* approvata il 20 luglio 2011 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008 è pubblicata in https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_X_XII-bis_4.pdf (consultato il 22.5.2023).

anno del 2012 per salutare “con compiacimento” la imminente “chiusura [...] degli Ospedali psichiatrici giudiziari, autentico orrore indegno di un paese appena civile”¹⁹.

Il Presidente della Repubblica, però, dava atto soltanto del lavoro svolto dalla *Commissione parlamentare istituita in Senato* e non faceva alcun riferimento esplicito, invece, alle disposizioni di cui all’art. 3-ter che, nel mese di febbraio dello stesso anno, era stato aggiunto in sede di conversione al d.l. n. 211/2011 e che, intanto, era stato anche modificato già due volte.

Ben presto, infatti, la soluzione che era stata privilegiata nel testo originario dell’art. 3-ter e che era essenzialmente residenziale e, quindi, fortemente limitativa della libertà personale del paziente psichiatrico, in un ambito non esclusivamente penalistico e soprattutto in considerazione delle strategie per la tutela del diritto alla salute perseguite nel contesto complessivo dell’ordinamento giuridico italiano risultò palesemente eccentrica in relazione soprattutto ad una delle caratteristiche che, già negli anni Settanta, lo avevano reso peculiare ed esemplare nel panorama internazionale.

Fu questa, in sostanza, la ragione che ha caratterizzato ciascuna delle sei modifiche che, con i dd.ll. nn. 158/2012, 24/2013 e 52/2014 e poi con ognuna delle rispettive leggi di conversione nn. 189/2012, 57/2013 e 81/2014, intervennero sul testo originario dell’art. 3-ter condividendo e realizzando progressivamente un chiaro ed univoco orientamento di riforma.

3. Il diritto alla salute e il diritto punitivo: la attualità delle tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico dopo l’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

Con la legge n. 81/2014 che convertiva il d.l. n. 52/2014 fu definito il testo attualmente vigente dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

In quella occasione, rivedendo le disposizioni già aggiunte nella seconda parte del co. 4 con il d.l. n. 52/2014 da convertire, probabilmente fu introdotta l’integrazione più vistosa e storicamente più significativa dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011: con la legge n. 81/2014, infatti, furono notoriamente precisati i criteri per la valutazione della pericolosità sociale

¹⁹ Il testo del discorso di fine anno del 2012 del Presidente della Repubblica è pubblicato in <https://presidenti.quirinale.it/elementi/55018> (consultato il 22.5.2023).

del paziente psichiatrico, su cui poi si sarebbe pronunciata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 186/2015, chiarendone i rapporti con la disciplina codicistica²⁰.

3.1. La duplice ed inequivocabile scelta legislativa di sussidiarietà e di nuove modalità di esecuzione per le tradizionali misure di sicurezza per il paziente psichiatrico.

Ma con le disposizioni della seconda parte del co. 4 dell'art. 3-ter aggiunta con il d.l. n. 52/2014 da convertire erano state finalmente recepite innanzitutto le indicazioni date dalla Corte costituzionale oltre 10 anni prima, nella sentenza n. 253/2003²¹.

In quella sede, come è noto, fu affermata la necessità di applicare la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario solo in via sussidiaria, dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale, nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale». In particolare, nella esplicita prospettiva di una «esigenza di flessibilità e di individualizzazione» nella esecuzione della misura di sicurezza, in quella sentenza si indicava anche la possibilità di una radicale alternativa al ricovero in OPG rappresentata dalla «libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)»²² e di cui, ai sensi dell'art. 53, co. 4, l. n. 354/1975, già allora (e ancora oggi) si applica il «regime» quando all'internato, ai sensi del c. 1 dello stesso articolo, evidentemente per le stesse ragioni di diversificazione e

²⁰ Con espliciti e testuali riferimenti ai lavori preparatori della legge n. 81/2014, in quella sede la Corte ha affermato che, con le modifiche introdotte al co. 4 dell'art. 3-ter e relative alla valutazione della pericolosità sociale del paziente psichiatrico, semplicemente «si è voluto che l'applicazione della misura di sicurezza detentiva possa “aver luogo o protrarsi solo in base alla specifica valutazione della situazione personale dell'infermo di mente” e che non sia «conseguenza dello stato di marginalità socioeconomica in cui questi verrebbe a trovarsi se dimesso» e ha concluso dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale: cfr. Corte cost., sentenza n. 186/2015, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 4.2. del Considerato in diritto.

²¹ Sul punto cfr. A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., par. 6.

²² Corte cost., sentenza n. 253/2003, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 3. del Considerato in diritto.

individualizzazione della esecuzione è «concessa una licenza di sei mesi nel periodo immediatamente precedente alla scadenza fissata per il riesame di pericolosità».

Le disposizioni che recepivano le indicazioni della Corte costituzionale e che furono aggiunte al co. 4 dell'art. 3-ter con il d.l. n. 52/2014 furono ulteriormente riviste con la legge di conversione n. 81/2014.

Ne fu esteso, infatti, l'ambito di applicabilità riferendo l'applicazione dell'art. 222 c.p. secondo criteri di sussidiarietà anche alle ipotesi di applicazione solo provvisoria della misura ed includendo nella stessa disciplina anche la misura di sicurezza di cui all'art. 219 c.p. che, data la lettera della legge, ne era stata inizialmente esclusa.

Oggi, dunque, la seconda parte del co. 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 innanzitutto preclude al giudice l'applicazione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. al paziente psichiatrico autore di un fatto di reato, «salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

A queste condizioni, pertanto, sono tuttora applicabili le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p.²³.

E a questi casi, quindi, si riferiscono anche le nuove «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» di cui al co. 2, nonché i relativi «requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi» e le altre modalità di esecuzione espressamente previste o comunque deducibili dallo stesso art. 3-ter e dalla normativa che ad esso è collegata e che, in quanto definita anche da fonti secondarie, esso stesso predispone.

In particolare, oggi, per i casi in cui non è possibile «nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa» – e, dunque, è inevitabile il «ricovero in un ospedale psichiatrico

²³ Annovera “l'introduzione del principio dell'*extrema ratio* nell'applicazione della misura di sicurezza privativa della libertà personale» tra le «cinque notevoli trasformazioni dell'impianto trattamentale del reo prosciolto per incapacità di intendere e di volere» introdotte con il d.l. n.52/2014 e con le successive modifiche intervenute in sede di conversione D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo*, cit., p. 554 che, con esemplare chiarezza, afferma che “solo per casi residuali, infatti, venivano istituite le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)” e che, nonostante la sorprendente configurazione di una «clausola di 'trasformazione automatica'» nell'ambito della legislazione penale e penitenziaria (v. *supra* nota 4), comunque considera la sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale una “autentica summa sullo stato dell'arte circa la dimensione costituzionale delle misure di sicurezza per il non imputabile” (op. cit., p. 555).

giudiziario o in una casa di cura e custodia» per «assicurare cure adeguate» all'internato e «fare fronte alla sua pericolosità sociale» (art. 3-ter, co. 4, d.l. n. 211/2011) –, il co. 2 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 prevede nuove «strutture» con particolari «requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi» e, quindi, corrispondentemente prevede per le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. modalità di esecuzione nuove e più conformi alle storiche scelte adottate in Italia nel 1978 con le leggi nn. 180 e 833: come è noto, queste ultime costituiscono ancora oggi, nel panorama internazionale, un riferimento chiaro e costante per le politiche statali sulla salute mentale.

Solo le disposizioni di cui all'art. 3-ter attualmente vigente e la normativa ad esso collegata configurano, infatti, strategie più conformi alla legge n. 833/1978 che, istituendo il «servizio sanitario nazionale» (art. 1), all'art. 2, co. 2 ne definisce espressamente gli scopi e, conformemente a quanto era stato già deciso solo pochi mesi prima con la legge n. 180/1978, tra essi annovera, alla lett. g), anche «la tutela della salute mentale [...] in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione».

La stessa tutela della salute mentale, dunque, va evidentemente assicurata anche al paziente in esecuzione penitenziaria.

4. Il diritto punitivo e «la tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione»: le ragioni costituzionali.

D'altra parte, «discriminazione» e «segregazione», ancor prima di essere esplicitamente stigmatizzate all'art. 2, co. 2, lett. g), l. n. 833/1978, risultano implicitamente ma chiaramente incompatibili innanzitutto con l'affermazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. che, prima di *garantire* «cure gratuite agli indigenti» e di affermare comunque l'inviolabilità dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana», espressamente lo considera «fondamentale diritto dell'individuo».

In quanto tale, esso assume un valore e un ruolo che, dato il fondamentale orientamento personalistico unanimemente riconosciuto come carattere primario ed essenziale della Costituzione repubblicana, lo differenziano radicalmente dal diritto punitivo dello Stato: in nessun caso e in nessuna misura, dunque, quest'ultimo potrà limitarlo.

Si tratta, peraltro, di un principio che, in epoca recente, in varie occasioni è stato

chiaramente ribadito ai vertici dell'ordinamento giuridico sia nella legislazione, che nella giurisprudenza costituzionale.

Sotto il primo profilo, infatti, lo stesso ordine di idee rappresenta chiaramente il postulato della legge costituzionale n. 1/2007 che ha soppresso l'unica eccezione originariamente prevista al divieto di pena di morte di cui all'art. 27, co. 4, Cost.: risulta, quindi, inequivocabilmente e inderogabilmente confermata la assoluta impossibilità che il diritto punitivo dello Stato limiti diritti fondamentali dell'individuo quali il diritto alla vita e il diritto alla salute.

Nella giurisprudenza costituzionale, invece, in epoca recente lo stesso principio è stato chiaramente affermato proprio in riferimento specifico alla tutela della salute mentale con la sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale che ha dichiarato la parziale illegittimità del co. 1-ter dell'art. 47-ter della legge n. 354/1975, determinando l'estensione al paziente psichico dell'ambito di applicabilità della detenzione domiciliare in deroga ai limiti di cui al co. 1 dello stesso art. 47-ter, posto che si tratta di «una misura che può essere modellata dal giudice in modo da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere»²⁴.

Innanzitutto, dunque, il trattamento terapeutico di patologie che coinvolgono la salute mentale dell'individuo non ammette «segregazione».

Era essenzialmente questo il senso della legge n. 180/1978 che anticipava, sotto questo profilo, la legge n. 833/1978 e che, sebbene abbia segnato la storia sociale italiana soprattutto per la previsione del «graduale superamento degli ospedali psichiatrici» di cui all'art. 7, co. 6, al successivo co. 7 persegue chiaramente l'obiettivo di precludere ogni analoga forma di segregazione disponendo che «è in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche». Prima del «graduale superamento» si stabiliva, inoltre, anche un termine brevissimo entro il quale «le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano [...] individuano gli ospedali generali nei quali [...] devono essere istituiti specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura»

²⁴ Corte cost., sentenza n. 99/2019, cit., punto 5. del Considerato in diritto; sul punto cfr. E. Apicella, *Infermità psichica sopravvenuta: una importante sentenza della Corte costituzionale sulla detenzione domiciliare c.d. "umanitaria"* (Corte cost., sent. 20 febbraio – 19 aprile 2019, n.99), in *Critica del diritto*, 2019, p. 39 ss.

(art. 6, co. 3) per «i trattamenti sanitari per malattie mentali che comportino la necessità di degenza ospedaliera» di cui al comma precedente e per gli «accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale» che, rigorosamente disciplinati già all'art. 2 e seguenti della stessa legge n. 180/1978 e poi agli artt. 34 e 35, legge n. 833/1978, hanno una durata necessariamente breve e rappresentano le eccezione al principio secondo cui «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» stabilito all'art. 32, co. 2 Cost..

L'eliminazione di «ogni forma di discriminazione», poi, implica chiaramente, per altro verso, che neanche per problemi psichiatrici alla persona in regime penitenziario possono essere destinati trattamenti terapeutici diversi da quelli di cui usufruirebbe l'individuo in libertà²⁵.

Se, dunque, la terapia per il paziente psichiatrico è un trattamento in libertà²⁶, la stessa terapia, al pari di quanto accade o, comunque, dovrebbe accadere per ogni altra terapia per qualsiasi altra patologia, deve essere accessibile per la persona in esecuzione penitenziaria.

5. Ipotesi ermeneutiche sulle ragioni di un singolare equivoco: il dato letterale e l'acronimo di parole mai comparse nelle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Dati i tempi, gli obiettivi e anche gli strumenti della comunicazione interindividuale e sociale che inizialmente determinano l'uso e poi la puntuale e larghissima diffusione di acronimi, a quello di R.E.M.S. è stata ridotta la definizione di «residenze per l'esecuzione

²⁵ Risulta, infatti, sorprendente, non corrisponde ad una prassi diffusa e, a nostro avviso, sarebbe comunque illegittima la circostanza che appare deducibile dalle motivazioni della sentenza n.22/2022 della Corte costituzionale che, per rappresentare la natura dell'assegnazione ad una REMS come «misura limitativa della libertà personale», accanto alla «circostanza che al soggetto interessato può essere impedito di allontanarsi dalla REMS» rappresenta anche quella che «durante la sua esecuzione possono essere praticati al paziente trattamenti sanitari coattivi, ossia attuabili nonostante l'eventuale volontà contraria del paziente»: ciò, tuttavia, non preclude, afferma la Corte, che comunque «essa si distingue, peraltro, dal trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale disciplinato dagli articoli da 33 a 35 della legge 23 dicembre 1978 n.833» la cui applicazione, quindi, sembra superflua, date le argomentazioni della Corte: Corte cost., sentenza n. 22/2022, cit., punto 5.1. del Considerato in diritto.

²⁶ Quello secondo cui «la libertà è terapeutica» divenne uno degli slogan più rappresentativi delle audaci e storiche posizioni di Franco Basaglia che ne elaborò e propose in più occasioni anche un preciso e accreditato fondamento scientifico: tra i molteplici riferimenti cfr. F. Basaglia, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione* (1965), in Id., *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, p. 17.

delle misure di sicurezza» che, probabilmente per analoghe esigenze di semplificazione, in troppi contesti sono state inopportunamente rappresentate come l'attuale equivalente dei vecchi OPG.

«Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» è una definizione che, nella legislazione italiana, è stata utilizzata per la prima volta solo quando ormai erano già trascorsi oltre due anni dalla introduzione dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 che detta le disposizioni tuttora fondamentali per la configurazione delle strategie «per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Nelle stesse disposizioni, tuttavia, la definizione «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» – poi ridotta all'acronimo REMS – non ricorre tuttora, non era prevista nel testo originariamente approvato e non è mai comparsa in alcuna delle sei integrazioni e revisioni intervenute successivamente.

Innanzitutto, quindi, manca un presupposto testuale – e, dunque, anche fondamentale – per assumerla ad efficace rappresentazione simbolica delle fondamentali strategie legislative «per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011.

Nella legislazione italiana, infatti, un riferimento testuale alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» compare per la prima volta solo al co. 1-*quater* aggiunto all'art. 1, d.l. n. 52/2014 con la legge di conversione n. 81/2014.

Ma, come l'acronimo solitamente utilizzato per indicarle nell'ambito di rappresentazioni sociali non necessariamente rigorose sotto il profilo giuridico, anche il testuale riferimento legislativo alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» di cui al co. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014 sembra determinato essenzialmente da esigenze di immediata efficacia comunicativa, più che dagli scopi primari e diretti e dai contenuti specifici della disposizione di legge che lo usa.

Esso, infatti, compare per la prima volta nell'ambito di una disposizione – quella, appunto, di cui al co. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014 – che appare essenzialmente (se non esclusivamente) destinata ad introdurre un limite massimo di durata che fosse inequivocabilmente posto a favore degli internati in applicazione di tutte «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive».

Ovvero a stravolgere, dopo 84 anni e solo nell'ambito di una disposizione di legislazione speciale, una delle caratteristiche storicamente più evidenti e peculiari del codice Rocco.

In particolare, data la rilevanza storica del contenuto essenziale della disposizione di cui al c. 1-*quater* dell'art. 1, d.l. n. 52/2014, la soluzione di un sintetico riferimento alle «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» appariva verosimilmente orientato a non rischiare di comprometterne efficacia e chiarezza riproponendo la più rigorosa (ma evidentemente dispersiva) definizione delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia»: all'epoca della introduzione del co. 1-*quater* nell'art. 1, d.l. n. 52/2014, già da oltre due anni (ovvero fin dalla sua prima approvazione) a queste ultime – e, dunque, non alle REMS – faceva e fa tuttora riferimento il co. 2 dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011 con le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

6. Il legislatore e il contesto storico ed istituzionale della riforma: l'interpretazione dell'art. 3-*ter*, d.l. n. 211/2011 oltre il dato letterale e ai margini di disposizioni ingenuamente realistiche.

Ma, sebbene sia un'ipotesi evidentemente incongruente con l'ambizioso obiettivo delle disposizioni di cui all'art. 3-*ter*, dalla stessa contestualizzazione storica della legge n. 9/2012 che lo aggiunse al d.l. n. 211/2011 emergono elementi sufficienti a ritenere che neppure nelle disposizioni del co. 2 sia stata data priorità ad una dettagliata disciplina o, almeno, ad una esaustiva definizione delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia».

Un simile obiettivo, infatti, sarebbe stato perseguibile solo con una proposta di legge elaborata nell'ambito di una attenta programmazione politica. Un confronto con operatori di settore e parti sociali, invece, sembra essere intervenuto solo dopo l'approvazione del testo originario dell'art. 3-*ter* e ne ha evidentemente determinato le modifiche e le integrazioni introdotte – pur sempre entro i limiti della fondamentale struttura dell'articolo già approvato con la legge n. 9/2012 – in poco meno di due anni con ognuno dei sei provvedimenti legislativi successivi.

D'altra parte, l'art. 3-*ter* fu aggiunto in sede di conversione al d.l. n. 211/2011 e sembra

averne sempre condiviso il contesto di origine, rappresentato innanzitutto da uno dei «casi straordinari di necessità ed urgenza» di cui all'art. 77, co. 2 Cost.²⁷: nel caso del d.l. n. 211/2011 si era trattato del clima di particolare attenzione delle istituzioni europee al sistema penitenziario italiano²⁸ che si ripropose in termini analoghi al momento della relativa conversione, date le precise sollecitazioni che, in riferimento agli OPG, erano state formalizzate dal CPT nel *report* del 2009 sulla visita ad Aversa, pubblicato poi nel 2010 (e che successivamente furono condivise e rafforzate da quelle più dettagliate della Commissione parlamentare di inchiesta nel 2011).

In particolare, con l'art. 3-ter aggiunto con la legge di conversione n. 9/2012, si trattava innanzitutto di dare in tempi brevi un nuovo e decisivo impulso alla audace (ma inattuata) calendarizzazione di un «superamento graduale degli OPG» che era stato già previsto nel d.P.C.M. del 1° aprile 2008.

In quel caso aveva prevalso, evidentemente, la scelta fortemente simbolica di replicare la storica previsione del «graduato superamento degli ospedali psichiatrici» di cui al co. 6 dell'art. 7, legge n. 180/1978.

Ma dato che, all'epoca, la previsione legislativa di una *gradualità* divenne poi l'attesa pressoché ventennale di un completo e reale superamento²⁹, nel 2012 il clima di particolare urgenza sembra aver determinato innanzitutto la diversa scelta di qualificarlo «definitivo» già nella rubrica del nuovo articolo aggiunto al d.l. n. 211/2011: già la rubrica dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, dunque, oggi sembra rappresentare efficacemente l'obiettivo e la volontà di dare immediatamente seguito alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare sul superamento degli OPG.

²⁷ Emerge, anche sotto questo profilo, una sostanziale continuità tra decreto legge e legge di conversione che sembra riconducibile a quella evidentemente considerata necessaria anche dalla Corte costituzionale quando ha affermato che le eventuali modifiche introdotte in un decreto legge con la legge di conversione non possono risolversi in un «innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa» e, quindi, non possono «spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione»: cfr. Corte cost., sentenza n. 22/2012, in <https://www.cortecostituzionale.it> (consultato il 22.5.2023), punto 4.2. del Considerato in diritto.

²⁸ Ben nota ed esemplare, sotto questo profilo, è la vicenda della sentenza Torreggiani in cui furono riuniti molti ricorsi già pendenti presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: cfr. Corte EDU, causa *Torreggiani e altri c. Italia* – Seconda Sezione – sentenza 8.1.2013 – ricorsi nn. 43517, 46882, 55400, 57875, 61535 e 35315 del 2009 e nn. 35315 e 37818 del 2010, in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2013\)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2013)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042) (consultato il 22.5.2023).

²⁹ La vicenda della reale chiusura degli ultimi manicomi pubblici emerse anche all'attenzione del legislatore quando, con l'art. 3, co. 5, legge n. 724/1994, ne fu espressamente e specificamente disposto il completamento entro il 31 dicembre 1996, ovvero oltre 18 anni dopo l'approvazione della legge n. 180/1978; il termine non fu rigorosamente rispettato e ancora più recente è stata la reale chiusura di analoghe strutture private.

Non è una scelta meramente simbolica, invece, quella di dare alle sollecitazioni intervenute un chiaro riscontro di efficienza con disposizioni che, a differenza delle prescrizioni di cui all'Allegato C del d.P.C.M. del 1° aprile 2008, nel caso dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 risultano dotate di inequivocabile «forza di legge».

Quanto al contenuto specifico delle disposizioni introdotte, infine, la volontà e l'obiettivo di dare un immediato riscontro di efficienza alle sollecitazioni del CPT e della Commissione parlamentare – e, quindi, di corrispondere adeguatamente al clima di particolare urgenza – emerge chiaramente nella scelta di selezionare e concretizzare innanzitutto una delle «soluzioni possibili» che lo stesso Allegato C aveva esplicitamente ipotizzato nell'ambito dell'ultima e «terza fase» del «programma di superamento graduale degli OPG».

In quella sede, infatti, il d.P.C.M. del 1° aprile 2008, affermata innanzitutto la necessità di una «differenziazione nella esecuzione della misura di sicurezza» di cui all'art. 222 c.p. (espressamente ricondotta anche alla sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale) e data la possibilità di precisazioni anche successive che era offerta dalla programmazione di un percorso di superamento solo «graduale», proponeva una rappresentazione semplicemente sommaria delle diverse strategie perseguibili per il reale conseguimento del risultato programmato: testualmente, infatti, nell'Allegato C di esse si affermava soltanto che «vanno dalle strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza, a strutture di accoglienza e all'affido a servizi psichiatrici territoriali».

Si trattava, dunque, di soluzioni ipotizzate tutte sull'esplicito postulato della necessità di una «differenziazione dell'esecuzione» di tradizionali misure di sicurezza all'epoca riservate dal codice penale al paziente psichiatrico che, pertanto, sarebbero rimaste comunque immutate: la riforma programmata con il d.P.C.M. avrebbe inciso solo sulla disciplina della loro esecuzione.

Nel 2008, però, nessuna di esse veniva preferita o considerata prioritaria.

Solo nel 2012, data la particolare situazione determinata dal contesto europeo e dato lo stesso postulato dell'esigenza di una «differenziazione» implicitamente ma chiaramente confermato con il rinvio iniziale ed immediato al d.P.C.M. del 1° aprile 2008, con la legge n. 9 si scelse di privilegiare, tra le «soluzioni possibili» sommariamente elencate nell'Allegato C, quella più immediatamente perseguibile o, comunque, più facile da rappresentare: quindi quella residenziale del ricovero in «strutture».

Ad essa, pertanto, erano dedicate pressoché esclusivamente le disposizioni fondamentali del testo originario dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 che sono rimaste immutate nel loro contenuto essenziale e che, quindi, ancora oggi seguono una precisa e significativa progressione.

Innanzitutto, infatti, esse definiscono l'oggetto della propria disciplina rappresentandolo in termini di continuità con la disciplina vigente ovvero in termini di «completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari già previsto dall'allegato C del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008» (art. 3-ter, co. 1, d.l. n. 211/2011), di cui quindi si condivide anche il fondamentale postulato della necessità di una «differenziazione nell'esecuzione» della misura di sicurezza; poi, al co. 2, le disposizioni dell'art. 3-ter affermano immediatamente la necessità e indicano con precisione tempi, atti e procedure di una nuova disciplina per la definizione di «ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» (art. 3-ter, co. 2 e 3, d.l. n. 211/2011); al co. 4, inoltre, esse stabiliscono una data precisa (poi ridefinita 3 volte nelle successive modifiche) che era inizialmente rappresentata esclusivamente come *dies a quo* per l'entrata a pieno regime delle nuove strutture previste ai due commi precedenti e che tuttavia, dopo la terza modifica dell'art. 3-ter apportata con il d.l. n. 24/2013, è tuttora rappresentata innanzitutto come *dies ad quem* per la eventuale ed ulteriore operatività dei vecchi ospedali psichiatrici giudiziari e poi ancora come *dies a quo* per la funzionalità a pieno e, quindi, esclusivo regime delle nuove «strutture».

Si tratta, evidentemente, di disposizioni che scandiscono una progressione utile a rappresentare e comunicare efficacemente una ferma determinazione per il superamento, che diventa addirittura perentoria nei termini – e, in particolare, nell'avverbio – usati per la conclusiva descrizione del futuro regime, immediatamente successivo al conseguimento effettivo del superamento ovvero della chiusura degli OPG: «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2» (art. 3-ter, co. 4, prima parte, d.l. n. 211/2011).

In questa prospettiva estrapolare quest'ultima disposizione dal contesto storico ed

istituzionale che ne ha segnato le origini e seguire la Corte costituzionale che la assume a «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o della assegnazione a casa di cura e custodia ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria con l'assegnazione a una REMS» potrebbe essere una forzatura che si rivela insostenibile anche in riferimento ad altri e molteplici strumenti esegetici.

7. L'interpretazione delle «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» tra *testo, parole e costruzioni sistematiche*.

La ricostruzione del contesto storico ed istituzionale che ha segnato le origini di un provvedimento legislativo è unanimemente considerata uno strumento esegetico fondamentale – seppur non sufficiente - nella prospettiva di consolidate elaborazioni del procedimento ermeneutico in ambito giuridico.

In modo evidente, per esempio, essa costituisce un momento essenziale nella elaborazione esegetica proposta da Norberto Bobbio che assume come prima premessa il dato secondo cui “il linguaggio del legislatore non è necessariamente rigoroso”.

Pertanto, nella prima delle “tre fasi di sviluppo della giurisprudenza” intesa come “analisi linguistica che ha per oggetto le proposizioni normative di un determinato ordinamento giuridico”, il giurista lavora sul linguaggio del legislatore impegnandosi a «renderlo più rigoroso» attraverso la sua “purificazione”³⁰ ovvero attraverso una attività che è possibile in quanto si presume, appunto, “che al di là delle proposizioni normative [...] vi sia qualcosa che non sia del tutto riducibile alle proposizioni stesse”, che emerge innanzitutto dalla considerazione del contesto storico ed istituzionale che ha segnato l'origine delle disposizioni da interpretare e che può essere definito con “vari nomi che rivelano tutti quanti una disposizione ingenuamente realistica: spirito, volontà, pensiero, intenzione del legislatore”³¹.

³⁰ N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 343 ss., p. 355.

³¹ N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, cit., p. 358.

Ma, anche al di là di un ambito specificamente giuridico, è un dato acquisito dell'ermeneutica contemporanea anche quello secondo cui “la *mens auctoris* non è un criterio valido per stabilire il significato di un'opera”³².

In particolare, nella prospettiva dell'ontologia ermeneutica, Gadamer propone proprio “il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica”³³ per rappresentare la impossibilità per l'interprete di prescindere dalle “tradizioni”, dalle “*auctoritates*” e dai “pregiudizi” che sono “costitutivi della sua realtà storica più di quanto non lo siano i suoi giudizi”³⁴ e che colmano la “distanza temporale” che lo separa dalla creazione dell'opera da interpretare³⁵. Nella prospettiva della elaborazione esegetica proposta da Bobbio, si tratta dell'ultima delle “tre fasi di sviluppo della giurisprudenza” che è dedicata all’“ordinamento del linguaggio giuridico”.

La sua premessa è che “il linguaggio del legislatore non è necessariamente ordinato”. Dunque “il terzo compito del giurista è quello di ridurlo a sistema”³⁶, in considerazione non soltanto del contesto normativo che preesiste al legislatore e nel quale egli ha inserito la sua opera, ma anche delle sue eventuali modifiche successive e, comunque, di tutti gli altri “pregiudizi”, “*auctoritates*” e “tradizioni” che hanno continuato a colmare la “distanza temporale” tra legislatore ed interprete.

Non soltanto interpretazione letterale e linguistica, dunque, ma anche interpretazione sistematica: è un dato altrettanto acquisito dell'interpretazione giuridica, infatti, quello secondo cui “non esistono vari metodi di interpretazione, ma un solo metodo del quale quelli, che siamo soliti chiamare metodi, non sono che i mezzi”.

Innanzitutto “non si può, infatti, quale che sia il metodo adottato, prescindere da una lettura del testo e questa non può farsi se non partendo dalle parole in esso contenute e dalla loro connessione grammaticale, né si può, del pari, prescindere dalle implicazioni logiche già presenti nelle strutture grammaticali e dalle costruzioni sistematiche che ne derivano”³⁷.

Pur trattandosi di diversi “mezzi” di un unico metodo di interpretazione, nel caso delle disposizioni di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 nessuno tra quelli più comunemente

³² H.G. Gadamer, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica* (1986), trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2001, *Prefazione alla seconda edizione tedesca* [1965], p. 1005.

³³ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 671 ss.

³⁴ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 563 ss., p. 573, p. 583.

³⁵ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 603 ss.

³⁶ N. Bobbio, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, cit., p. 355.

³⁷ E. Paresce, (voce) *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss., p. 220.

applicati e solitamente considerati decisivi, anche se preso singolarmente, sembra condurre ad esiti difformi da quelli deducibili dalla considerazione del particolare contesto storico ed istituzionale in cui avrebbe agito la figura mitologica e antropomorfa – o, per dirla con Bobbio, “ingenuamente realistica” – del legislatore: nessuno di essi, in particolare, sembra offrire un affidabile fondamento all’idea che è stata sostenuta in modo esemplare anche dalla Corte costituzionale e secondo cui nelle disposizioni di cui all’art. 3-ter ricorre una «clausola di ‘trasformazione automatica’» delle tradizionali misure di sicurezza psichiatriche nella «assegnazione a una REMS», che, pertanto, sarebbe addirittura, «a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza»³⁸.

8. Il diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria: le disposizioni dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 e la inevitabile prospettiva della mera «esecuzione» di tradizionali misure di sicurezza.

Se, infatti, “non si può [...] prescindere da una lettura del testo e questa non può farsi se non partendo dalle parole” è evidente che, nel momento in cui il co. 4 dell’art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 dispone che «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2», è lo stesso *testo* della legge da interpretare che sembra precludere una conclusione come quella autorevolmente proposta dalla Corte costituzionale.

È evidente, infatti, che queste *parole* del co. 4 dell’art. 3-ter innanzitutto ripropongono opportunamente e molto chiaramente la distinzione tra il dato esclusivamente normativo delle «misure di sicurezza» e quello storico e concreto delle «strutture» in cui esse vanno «eseguite».

Date le «parole» utilizzate è chiaro, inoltre, che le misure di sicurezza che vanno «eseguite» nelle «strutture» sono «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia» previste agli artt. 219 e 222 c.p. di cui, pertanto, la stessa disposizione postula inequivocabilmente la permanenza in vigore e, quindi, la persistente applicabilità: risulta singolare, quindi, che proprio la disposizione

³⁸ Cfr. *supra* nota 4.

di cui al co. 4 dell'art. 3-ter sia stata assunta come «base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o dell'assegnazione a casa di cura e custodia, ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria, con l'assegnazione a una REMS»³⁹.

D'altra parte, l'interpretazione proposta in modo esemplare dalla Corte costituzionale, palesemente contraddetta da una dettagliata e puntuale considerazione del tenore letterale della disposizione, non sembra viziata soltanto sotto un profilo di mera congruenza logico-formale.

Infatti, nella seconda parte dello stesso co. 4, le disposizioni di cui all'art. 3-ter definiscono e concretizzano anche un preciso ed esclusivo – e, quindi, necessario – ambito di applicazione delle «misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» che, nella prima parte, sono state implicitamente, ma inequivocabilmente riconosciute ancora in vigore.

In particolare, data l'eccezione espressamente prevista nella seconda parte del c. 4 dell'art. 3-ter, è evidente che, in presenza degli altri consueti presupposti delle misure di sicurezza, il giudice non può fare altro che ordinarne l'applicazione «nei confronti dell'infermo e del seminfermo di mente», «quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».

È chiaro che, in quest'ultimo caso, si tratta di strumenti esegetici che non sono limitati alla considerazione di singole *parole* usate nel *testo* della legge.

Infatti, anche se è coinvolta soltanto una diversa disposizione dello stesso comma dello stesso articolo della stessa legge, comunque si adottano prospettive che sono più complesse della considerazione di singole *parole* del *testo* della legge da interpretare e che sono determinate, invece, anche *dalle costruzioni sistematiche che ne derivano*.

La definizione delle ragioni per cui le misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. risultano ancora e tuttora applicabili in presenza di presupposti che peraltro, prima delle modifiche introdotte al co. 4 dell'art. 3-ter con il d.l. n. 52/2014, non erano mai stati così precisamente definiti dalla legge, contribuisce in modo decisivo a chiarire l'ambito della riforma realizzata con le disposizioni attualmente vigenti di cui all'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 e con la normativa ad esso collegata.

³⁹ Così la sentenza n. 22/2022 della Corte costituzionale: cfr. *supra* nota 4.

Ritorna, sotto questo profilo, la duplice prospettiva del contesto storico della riforma e di una attenta considerazione delle *parole* usate dal legislatore.

In particolare, dato il *testo* della disposizione, è palese che il riferimento al dato ontologico delle «strutture» rappresenta la risposta al problema che, all'epoca della legge n. 9/2012, aveva assunto una precisa ed urgente rilevanza storica e politica e che la stessa disposizione di cui alla prima parte del co. 4 dell'art. 3-ter recupera anche in una prospettiva rigorosamente giuridica riconoscendolo, definendolo e riproponendolo con *parole* chiare ed univoche nella prioritaria definizione di un luogo in cui le misure di sicurezza «sono eseguite».

Nelle stesse *parole* chiare ed univoche di cui alla prima parte del co. 4 dell'art. 3-ter risuona, peraltro, anche l'eco di altre parole che è restituita da una essenziale ricostruzione delle principali tappe della precedente evoluzione della normativa sul superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Una prospettiva palesemente incentrata sulla «esecuzione», infatti, era stata adottata e risulta chiaramente privilegiata nel testo dell'Allegato C al d.P.C.M. del 1° aprile 2008, laddove la necessità di una «differenziazione nella esecuzione della misura di sicurezza» - in quel caso espressamente ricondotta, peraltro, anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁰ - è assunta come premessa del successivo e dettagliato elenco di singole «azioni» per il «superamento graduale degli OPG».

Non si tratta, tuttavia, soltanto di un'eco o di una assonanza determinate da una particolare consapevolezza storica, ma, ancora una volta, anche delle *parole* e del *testo*, chiaro ed esplicito, delle disposizioni di cui all'art. 3-ter.

Infatti, la prima disposizione del relativo co. 1 pone anche la premessa di minime *costruzioni sistematiche*, definendo innanzitutto l'oggetto della propria disciplina in esplicita continuità con il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 e, quindi, nella stessa prospettiva principalmente ed espressamente dedicata alle modalità di esecuzione delle misure di sicurezza.

Le REMS, in altre *parole* (che pure sono inequivocabilmente usate nell'art. 3-ter, nell'altra, fondamentale disposizione di cui al co. 2), non sono altro che le «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale

⁴⁰ In particolare, il d.P.C.M. del 1° aprile 2008 rinviava, sul punto, alle motivazioni della sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale; cfr. *supra* par. 3.1.

psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia» e sorprende, quindi, che il relativo ricovero possa essere considerato, invece, «a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza».

Data la complessiva normativa vigente sul superamento degli OPG, si tratta, in particolare, di strutture solo eventualmente necessarie alla esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p., nell'ambito della quale avrebbero comunque un ruolo rigorosamente limitato solo alla prima fase⁴¹.

Ciò non implica, tuttavia, la necessità di integrare l'elenco di cui al co. 1 dell'art. 62, legge n. 354/1975 dedicato agli «istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive».

Infatti, riproponendo ancora una volta la mitologia antropomorfa o la *disposizione ingenuamente realistica* del legislatore, non è stata finora una sua distrazione o una dimenticanza, ma una scelta precisa, coerente e assolutamente opportuna, determinata dalla piena e giusta consapevolezza dei rapporti tra il fondamentale diritto alla salute dell'individuo e il diritto punitivo dello Stato.

Nell'elenco degli «istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive» di cui all'art. 62, co. 1, legge n. 354/1975 sarebbero state incluse, altrimenti, quelle che sono espressamente definite «strutture sanitarie» al co. 4 dell'art. 3-ter che, alla lett. a) del precedente co. 3, altrettanto espressamente ne dispone la «*esclusiva gestione sanitaria*».

Accade nelle REMS, quindi, ciò che accade in qualsiasi altra struttura sanitaria in cui, per qualsiasi altra patologia, sia ricoverato il paziente in esecuzione penitenziaria: per il tempo strettamente necessario è sospeso il diritto punitivo dello Stato per lasciare spazio alla tutela effettiva del diritto alla salute dell'individuo.

Poi, dopo la prima fase della esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. in cui può anche essere stato necessario il ricovero in una REMS, conformemente alla «tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione di segregazione» prevista in via generale ed astratta all'art. 2, co. 2, lett. g), legge n. 833/1978, resta solo la necessità di «salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere» già ipotizzata in via specifica e concreta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99/2019.

⁴¹ Sul punto cfr. F. Schiaffo, «*Der Ersatz des Strafrechts durch Besseres*»: il sogno di Radbruch nel laboratorio delle REMS, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta e F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, vol. I, p. 453 ss., p. 460 ss.

Abstract: Con le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 ed alla normativa ad esso collegata la tutela del diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione penitenziaria è stata adeguata al regime ordinario della tutela della salute mentale. Tuttavia, gli istituti destinati alla esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. non sono stati semplicemente chiusi e sostituiti con nuove strutture penitenziarie e non è stata prevista, con le stesse disposizioni, alcuna nuova misura di sicurezza. Strutture e servizi per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 219 e 222 c.p. sono stati adeguati, invece, alle necessità di una organizzazione della «tutela della salute mentale in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione» che, ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. g), legge n. 833/1978, rappresenta uno degli «obiettivi» dell'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, decisa in ottemperanza dell'art. 32 Cost.

Abstract: Through the «provisions for the ultimate overcoming of the forensic psychiatric hospitals» referred to in Article 3-ter of the Legislative Decree no. 211/2011 and the related legislation, the protection of the right to health of psychiatric patients in penitentiary facilities has been brought in line with the ordinary regime for the protection of mental health. However, the facilities intended for the implementation of the security measures under Article 219 and 222 of the Criminal Code have not simply been replaced with new prison structures, and, through the abovementioned provisions, no new security measures have been provided for. The structures and services for the execution of security measures under Articles 219 and 222 of the Criminal Code have been instead adapted for the purpose of «protecting mental health in order to eliminate any form of discrimination and segregation» which, under Article 2, paragraph 2, letter G of Law no. 833/1978, represents one of the «aims» of the creation of the National Health Service, decided for in compliance with Article 32 of the Constitution.

Parole chiave: Diritto alla salute mentale – Misure di sicurezza – Discriminazione - Segregazione – Servizio sanitario pubblico.

Key words: Right to Mental Health – Security Penal Measures – Discrimination - Segregation – Public Health Service.

“COSTITUZIONE ECONOMICA” E TEORIA DELLA COSTITUZIONE MATERIALE*.

di Paolo Piluso^{**}

Sommario: 1. Esiste una *costituzione economica*? Una questione di teoria del diritto costituzionale e una proposta classificatoria. – 1.1. (segue) I significati di costituzione economica: una proposta tassonomica. – 2. Costituzione economica e teoria della costituzione materiale. – 3. La centralità del lavoro nella Costituzione italiana e l’obiettivo costituzionale della piena occupazione come principio-guida della costituzione economica. – 4. La Costituzione e l’*economia mista finalisticamente orientata*. – 5. Costituzione economica e integrazione europea. Un mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata? Considerazioni intorno ad una *trasformazione costituzionale*. – 6. Conclusioni: costituzione economica e teoria della costituzione materiale. Interpretazione costituzionale e impegno politico-legislativo.

1. Esiste una *costituzione economica*? Una questione di teoria del diritto costituzionale e una proposta classificatoria.

Introdurre un lavoro di ricerca sulla *costituzione economica* non è operazione tra le più agevoli, non solo in quanto il tema trattato è stato spesso arato dalla dottrina giuspubblicistica, ma anche perché ci si imbatte, sin dal principio, in un interrogativo definitorio e in una questione metodologica di non poco momento.

Sotto il primo profilo, infatti, non vi è consenso, tra gli autori che si sono dedicati alla disamina del tema, intorno all’individuazione di una definizione chiara ed univoca di costituzione economica. Anzi, come si vedrà ampiamente, talora se ne contesta radicalmente lo stesso utilizzo. In altri termini, il dissenso attiene tanto al *quomodo*, e di conseguenza al contenuto minimo di definizione del concetto, ma, ancor più a monte, all’*an*, cioè all’ammissibilità stessa, sul piano teorico e dogmatico, della categoria di *costituzione economica*.

Sotto il secondo profilo, affrontare il tema della costituzione economica richiede una necessaria precisazione di ordine metodologico: si tratta, infatti, di una problematica giuridica – e di diritto costituzionale in modo peculiare – che non può essere affrontata unicamente attraverso la lente del metodo del giurista di diritto positivo. Non soltanto il

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Salerno

giuspositivista non potrebbe rinvenire una definizione di costituzione economica in un testo normativo, ma si troverebbe in difficoltà nel tentare di indagarne il contenuto, anche in relazione al dato della struttura materiale delle basi economiche di un determinato ordinamento giuridico.

Occorre, pertanto, muovere dal piano *teorico*, interrogandosi, cioè, sulla configurabilità della costituzione economica come categoria generale del diritto costituzionale.

Provando, allora, a dare corpo a questo sforzo, bisogna *in primis* constatare criticamente che, con riguardo al concetto di costituzione economica, limitandoci essenzialmente alla dottrina italiana, quest'ultima si è tradizionalmente divisa intorno a due usi alternativi della nozione in esame, entrambi non privi di contraddizioni ed incertezze.

Non è un caso, allora, se, già in tempi, per così dire, non sospetti, taluni potevano lamentare che il metodo di indagine impiegato in Germania intorno all'elaborazione della categoria di *Wirtschaftsverfassung* non avesse conosciuto nella dottrina al di qua delle Alpi una certa utile applicazione¹. Né era sfuggito, ancora, che, quantunque frequentemente utilizzata,

¹ Sul punto, v. G. Motzo e A. Piras, *Espropriazione e 'pubblica utilità'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 199, nota 92, richiamati da U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, v. ristampa anastatica ed. 2014, p. 73, nota 9.

Per un quadro del dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung*, v. R. Miccù, *"Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, pp. 243-288; L. Cassetti, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2002; F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "costituzione economica" in Germania*, Giuffrè, Milano, 2015. Sul dibattito weimariano, v. in particolare, da ultimo, G. Gregoire, *The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles*, in G. Gregoire e X. Miny (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022, p. 53 ss., che ricostruisce analiticamente le posizioni di Hugo Sinzheimer (del quale, v. gli scritti raccolti in H. Sinzheimer e E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, Luchterhand, Berlin, 1968; H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz*, Dunker & Humblot, Berlin, 1971; Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Köln, Frankfurt, 1976), Walther Rathenau (W. Rathenau, *L'economia nuova*, trad. it., Aragno, Torino, 2019), Carl Schmitt (C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981, p. 149 ss.; Id., *Stato forte ed economia sana*, 1932, trad. it. in *Filosofia politica*, n. 1/2019, p. 7 ss.), Edgar Tatarin-Tarnheyden (E. Tatarin-Tarnheyden, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie. Ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Reimar Hobbing, Berlino, 1930), Hermann Heller (H. Heller, *Dottrina dello Stato*, trad. it., ESI, Napoli, 1988), Franz von Neumann (F. Neumann, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, in *Die Arbeit*, 1931, p. 596 ss., disponibile anche in traduzione spagnola, *Sobre los requisitos y el concepto jurídico de una constitución económica*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 1/2008, www.ugr.es/~redce). Sul pensiero intorno alla costituzione economica nella Germania di Bonn, v. almeno L. Raiser, *La costituzione economica come problema giuridico*, 1950, trad. it. in Id., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 34 ss.; H. C. Nipperdey, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 1954, p. 3 ss.; Id., *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Müller, Karlsruhe, 1965, *passim*; H. Krüger, *Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, p. 361 ss.; H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Müller, Karlsruhe, 1961.

Per una *Begriffsgeschichte* della costituzione economica, v. D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 1/1994, pp. 25-84; K. W. Norr, *"Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept*, in *Journal of Law and Religion*, 1/1994, pp. 343-354; H. Rabault, *La notion de constitution économique: elements*

manasse una “ricostruzione soddisfacente della nozione di costituzione economica sia per quanto riguarda il dover essere costituzionale sia per quanto riguarda l’integrazione con gli istituti affermatasi nella realtà”².

Da una parte, infatti, è andata prevalendo una nozione di costituzione economica *in senso descrittivo*, che si limita a definirla come l’insieme delle disposizioni costituzionali in materia di rapporti economici. Un approccio, questo, piuttosto povero sul piano teorico – benché apparentemente di difficile contestazione – che si limiterebbe alla mera affermazione secondo la quale in tanto si può parlare di costituzione economica, in quanto l’ordinamento giuridico di riferimento sia fondato su una carta costituzionale che contenga norme specificamente rivolte alla regolazione dei rapporti economici.

Ma, in realtà, le difficoltà insorgono proprio con riguardo all’identificazione dell’oggetto di riferimento: cosa dovrebbe intendersi, cioè, per norme costituzionali dell’economia? Cosa vorrebbe dirsi con l’espressione *disciplina costituzionale dei rapporti economici*? Una domanda solo apparentemente di facile risposta, ma che in realtà si rivela ben più difficoltosa di quanto appaia *prima facie*. Basti pensare che, nella dottrina che ha affrontato il tema adottando una nozione descrittiva di costituzione economica, con specifico riguardo alla Costituzione italiana, si sono considerati prioritariamente gli artt. 41 ss. – il che è emerso anche in alcune pronunzie della Corte costituzionale³ – dimenticando però un dato di immediata comprensione, cioè che il Titolo III della Parte I della Costituzione

d’introduzione, in Politeia. *Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, n. 34/2018, pp. 207-235. Da ultimo, v. l’ampio volume di G. Gregoire e X. Miny (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022. Sull’impiego della categoria concettuale di *costituzione economica* nelle diverse culture giuridiche europee, v. M. Tuan Luong, *Wirtschaftsverfassungsrecht im Wandel. Zugleich ein Beitrag zum Verfassungswandel*, Peter Lang, Frankfurt, 1999; H. Rabault, *La constitution économique de la France*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, pp. 707-745; D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, Springer, Wiesbaden, 2018.

Sulle radici fisiocratiche (risalenti, in particolare, al pensiero di Nicolas Badeau) della nozione di *costituzione economica*, v. già A. Jacquemin e G. Schrans, *Le droit économique*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1982, pp. 5-6.

Sulla costituzione economica nel pensiero ordoliberal (e sui rapporti con il decisionismo schmittiano), v., senza pretesa di esaustività, W. Bonefeld, *The Strong State and the Free Economy*, Rowman & Littlefield, Londra – New York, 2017; A. Zanini, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti*, Il Mulino, Bologna, 2022; L. Mesini, *Stato forte ed economia ordinata. Storia dell’ordoliberalismo*, Il Mulino, Bologna, 2023.

² Così F. Merusi, Art. 47, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 153, nota 1.

³ Cfr., ad es., la sentenza del 17 aprile 1985, n. 103, che parla di un «sistema» emergente dagli artt. 41 ss.

repubblicana, riferito espressamente ai *Rapporti economici*, ha inizio con l'art. 35 – proseguendo nell'enunciazione delle norme sul lavoro – e non con l'art. 41⁴.

Segno evidente, insomma, che non vi è accordo neppure su cosa debba davvero intendersi per norme costituzionali sull'economia.

Dall'altra parte, si è talora adottata una nozione di costituzione economica *in senso prescrittivo*, definendola ora come un corpo autonomo di principi e regole distinto dal resto della Costituzione – espressione, invero, di un'*economia che domina il diritto* derivante dal mito liberale della separazione tra Stato e società – ora alla stregua di un insieme di principi e regole idonei ad identificare un determinato sistema economico⁵.

Di fronte a questa *alternativa secca* – costituzione economica in senso descrittivo o costituzione economica in senso prescrittivo – talor così riassunta dalla dottrina⁶, non possiamo non esprimere un certo disagio, sia perché essa non dà conto dei plurimi usi della nozione di costituzione economica e delle numerose sfaccettature che essa può assumere – sicché emerge la necessità di una *proposta classificatoria complessa* – sia in quanto entrambi i poli di questa dialettica celano al loro interno, invero, più contraddizioni che soluzioni, più domande che risposte.

Non è, allora, certamente un caso se una parte della dottrina italiana più rigorosa si sia spinta a contestare radicalmente, *a monte*, l'ammissibilità stessa del concetto e dell'espressione *costituzione economica*. Massimo Luciani, per esempio, sulla scia di suggestioni schmittiane sull'unità della Costituzione, ha respinto tanto l'accezione prescrittiva di costituzione economica quanto l'impiego meramente descrittivo della categoria. La critica all'impiego in senso prescrittivo della nozione in esame si fonda sia sull'intrinseca problematicità di isolare una sfera dell'economico, sia sulla circostanza che

⁴ Non è, quindi, né casuale né scorretta, ma – al contrario – sistematicamente ineccepibile, la scelta di Alessandro Pizzorusso di affrontare il tema della costituzione economica, nell'ambito della trattazione del suo Manuale, nel capitolo sul *principio di tutela del lavoro*. La notazione con la quale l'A. dà inizio all'analisi richiama, non a caso, secondo una prospettiva sistematica e rispettosa dell'unitarietà della Costituzione, il ruolo dell'art. 3, co. 2, Cost., dal quale deriva, in ultima analisi, “la previsione di un'azione di governo ispirata al primato della politica sull'economia, assegnandosi all'autorità politica ed amministrativa il compito di non assistere passivamente ai processi economici e di intervenire in essi al fine di correggerne gli effetti spontanei contrari alla giustizia sociale, nonché di correggere l'assetto dei rapporti squilibrati formati in passato, onde eliminare gli ostacoli che tuttora «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»” (A. Pizzorusso, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1997, p. 291 ss.)

⁵ Cfr., sul punto, Q. Camerlengo, *Costituzione, economia, società*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 43-44.

⁶ V., ad es., M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 389; R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 849; F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1 ss.

“postulare un’autonomia delle disposizioni in materia economica presuppone una separazione tra società e politica, Stato e mercato, inammissibile negli odierni Stati sociali”, sia, infine, sul piano dogmatico, sul fatto che essa contrasterebbe con la stessa Costituzione italiana, “in mancanza della affermazione di principi effettivamente ‘economici’”, come invece nel *Grundgesetz* della Repubblica Federale di Germania (si pensi, in particolare, alla clausola dell’equilibrio economico generale)⁷. Tesi critica, questa, condivisa anche da altri autori, che contestano la dicotomia tra dimensione descrittiva e dimensione prescrittiva della costituzione economica “per accedere ad una visione costituzionalmente globale”⁸, così da giungere a rifiutare la stessa espressione “costituzione economica” preferendo quella di “rilevanza o dignità costituzionale del fattore economico”⁹.

Sulla stessa scia, si colloca anche Antonio Baldassarre, il quale, proprio sul presupposto della richiamata alternativa secca tra costituzione economica in senso descrittivo e in senso prescrittivo, revoca in dubbio la stessa opportunità dell’uso della nozione: se descrittiva, è un “puro modo di dire”, un mero “elemento descrittivo cui non corrisponde nessuna categoria nuova o nessun istituto diverso da quelli già noti”; se prescrittiva, come “modello normativo” dell’economia “autofondantesi”, è un “*monstrum* giuridico”, come già riteneva Carl Schmitt (del resto, “se si volesse configurare in concreto una costituzione economica specificamente propria del nostro ordinamento costituzionale” – in riferimento, dunque, all’Italia – “non si potrebbe pervenire a risultati particolarmente fruttuosi, poiché tale tentativo non potrebbe non risolversi nella ricerca di un modello che, per non essere rozzamente aprioristico, finirebbe ineluttabilmente per avere il significato di rifiuto di qualsiasi modello”: infatti, “l’unico modo di definire il sistema economico delineato dalla Costituzione è quello di qualificarlo come sistema ad ‘economia mista’. La qual cosa, pur essendo esatta dal mero punto di vista descrittivo, diviene però insignificante ed in sé contraddittoria ove la si voglia trasfigurare in conseguenza di una valutazione giuridica, dato che non esiste sistema al mondo che non sia misto, che non sia cioè una combinazione di iniziativa privata e di azione pubblica”¹⁰).

⁷ M. Luciani, (voce) *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., V vol., Utet, Torino, 1991, p. 373 ss.

⁸ Cfr. Q. Camerlengo, *Costituzione, economia, società*, cit., p. 55.

⁹ Ivi, p. 68.

¹⁰ Così A. Baldassarre, (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 582-583, nota 3.

Se si vuole, allora, provare a delineare un concetto di costituzione economica, occorre uscire necessariamente dal vicolo cieco cui conduce la semplice alternativa tra costituzione economica in senso descrittivo e costituzione economica in senso prescrittivo.

La prima operazione da compiere, dunque, in questa prospettiva, è quella di rendere conto della presenza, nell'elaborazione dottrinale, di diversi e non sempre sovrapponibili usi della nozione di costituzione economica, di là dal semplice binomio oppositivo di cui si è detto, dando atto sia delle classificazioni che taluni autori hanno proposto, sia tentando di fornire una proposta di classificazione complessa e onnicomprensiva degli impieghi del concetto, così da offrire un quadro completo delle accezioni possibili di costituzione economica e da provare ad elaborare altresì, come si vedrà, una autonoma teoria della costituzione economica come parte della costituzione in senso materiale. Non sfugge, peraltro, che tutti i dibattiti dottrinali implicano ciascuno, direttamente o indirettamente, la questione – essa eminentemente politica, a ben vedere – del grado di libertà lasciato al legislatore sulla sfera economica¹¹.

Sotto il primo profilo, quindi, emergono autori che hanno offerto delle classificazioni più complesse rispetto alla tradizionale coppia oppositiva. Per esempio, Quirino Camerlengo¹², pur prendendo le mosse dalla dicotomia di base tra costituzione economica in senso descrittivo e costituzione economica in senso prescrittivo, ha offerto un quadro più ampio delle posizioni dottrinali, in particolare evidenziando *quattro varianti* della nozione di costituzione economica in senso prescrittivo, riconducendovi rispettivamente le posizioni di Giovanni Bognetti – che muove da una prospettiva liberale, sensibile alla pretesa di una separazione Stato/società, per ripensare radicalmente la stessa costituzione economica italiana vigente, così da avanzare una proposta *de iure condendo* di revisione costituzionale –, di Alessandro Pizzorusso – il quale focalizza l'attenzione su un sistema di principi connotati da una loro specificità per materia, ma nel più ampio quadro del sistema costituzionale, individuando, sul piano dogmatico, il principio-base della costituzione economica nell'art. 3, co. 2, Cost. –, di Giuliano Amato – il quale pone in risalto il rilievo costituzionale assunto dal mercato in virtù di fattori esogeni (ovverosia, i principi derivanti dal processo di integrazione europea) – e, infine, di Giuseppe Guarino – che parlerebbe di

¹¹ Così G. Gregoire e X. Miny, *Introduction*, in Id. (a cura di), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 6.

¹² Q. Camerlengo, *Costituzione, economia, società*, cit., p. 51 ss.

costituzione economica in stretta connessione con il concetto giuridico di mercato, valorizzando il principio di autonomia come canone privilegiato di interpretazione.

Particolarmente complessa, poi, appare la ricostruzione operata da Giuseppe Ugo Rescigno¹³, il quale, muovendo dal confronto con la dottrina – non solo giuridica – italiana e tedesca, pone una prima distinzione tra l’idea di costituzione economica in senso non giuridico (come insieme delle strutture e delle leggi generali del funzionamento dell’economia) dagli usi giuridici dell’espressione. In secondo luogo, però, si ammonisce che “se si vuole individuare un insieme di regole volte a salvaguardare il mercato dall’ingerenza dello Stato, allora non ha un proprio senso parlare di costituzione economica, quanto di separazione dello Stato dall’economia”¹⁴: ne deriverebbe, allora, un significato *ideologico* di costituzione economica intorno al quale si consuma una lotta egemonica, di ordine politico-culturale. Nel passare in rassegna le posizioni di diversi autori, Rescigno procede ad arricchire il novero dei significati di costituzione economica, dando atto della ricchezza di accezioni, da quelle di tipo descrittivo (V. Spagnuolo Vigorita, G. Bianco) a quelle di tipo prescrittivo, con le sue numerose varianti (dalla posizione di Bognetti, sensibile alla lezione ordoliberal dell’economia sociale di mercato, a quella di Padoa Schioppa, che definisce la costituzione economica come insieme di principi aventi, sul piano dogmatico, due fonti di riferimento, cioè la Costituzione italiana e il diritto dell’Unione europea), fino alle posizioni più particolari di Mengoni (la costituzione economica come progetto da realizzare), di Cassese – che, con i suoi tre usi della nozione di costituzione economica¹⁵, opererebbe per Rescigno non già una ricostruzione di diritto pubblico, e di diritto costituzionale in particolare, ma di storia giuridica delle istituzioni economiche – e, soprattutto, del primo Predieri, che predicava l’aggancio alla categoria mortatiana di costituzione materiale. Ancora, Rescigno, attingendo al dibattito tedesco sulla *Wirtschaftsverfassung* (sin dal volume di Tscherschky del 1924¹⁶), dà conto sia della

¹³ G. U. Rescigno, (voce) *Costituzione economica*, in *Enciclopedia giuridica*, X, Treccani, Roma, 2001, pp. 1-9.

¹⁴ Ivi, p. 4.

¹⁵ Per S. Cassese, *Introduzione* in Id. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 3-4, si possono accogliere tre diverse nozioni di costituzione economica: un significato descrittivo, *recte* “come formula riassuntiva della Costituzione in senso formale sui rapporti economici”, che accoglie al suo interno, però, anche norme contenute in leggi ordinarie ma di ritenuta rilevanza costituzionale (come alcune norme della legge *antitrust*); la costituzione economica come insieme di istituti non necessariamente appartenenti alla Costituzione scritta, derivante dall’analisi delle norme e, secondo la lezione di Dicey, anche dei mutamenti dell’opinione pubblica; infine, un significato di costituzione economica che si allarga sino ad includere anche gli aspetti amministrativi.

¹⁶ S. Tscherschky, *Wirtschaftsverfassung*, Hirt, Breslavia, 1924.

non pacifica nozione usata nelle scienze economiche – ove emerge la distinzione tra una *Wirtschaftsverfassung* come *tipo ideale* di economia e una costituzione economica intesa come descrizione di una specifica e concreta economia storicamente e geograficamente determinata – sia degli ulteriori usi della nozione del dibattito giuspubblicistico, in cui prende forma anche un'ulteriore dicotomia, quella tra il significato *giuridico-formale* di costituzione economica (che comprende le disposizioni del *Grundgesetz* specificamente dedicate o comunque connesse ai rapporti economici) e il significato *giuridico-materiale*, che includerebbe anche le norme di rango non costituzionale tali, però, da determinare in maniera fondamentale il diritto dell'economia.

Non meno completa, poi, risulta la trattazione di Giovanni Bianco¹⁷, il quale non soltanto rintraccia le origini del concetto nel dibattito non giuridico, sin dai fisiocratici francesi del Settecento, ma analizza gli usi più disparati della nozione, pur senza offrire una classificazione teorica o sistematica, dai tre significati proposti da Cassese al concetto di Costituzione economica materiale (Hamann, Merusi, Cavallo-Di Plinio, Di Gaspare), dall'indirizzo teorico contrario all'uso della categoria (Luciani, Rescigno) sino alla teoria di Mengoni sulla costituzione economica come problema di coordinamento con un sistema di valori morali.

Altre classificazioni complesse, ancora, sono proposte da Paola Bilancia¹⁸ (che distingue tra un significato storico-economico, uno sociologico, uno economico e quelli giuridici di costituzione economica) e da Roberto Miccù¹⁹, il quale, lamentando anch'egli che la nozione di costituzione economica non abbia avuto in Italia il necessario approfondimento, da cui è derivato l'impiego prevalentemente descrittivo della nozione nella nostra dottrina, effettua una puntuale disamina del carattere polisemico del concetto nella dottrina tedesca da Weimar a Bonn, così restituendo plurime ipotesi di classificazione (nozione fattuale vs. nozione normativa, costituzione economica in senso stretto vs. costituzione economica in senso ampio; concetto idealtipico vs. concetto costituzionale-positivo; costituzione economica formale vs. costituzione economica materiale; costituzione economica come ordine di regole autonomo vs. costituzione economica come decisione).

¹⁷ G. Bianco, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, Utet, Torino, 2008, in particolare pp. 1-11.

¹⁸ P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, numero speciale 5/2019, in particolare pp. 7-10. Della stessa A., v. *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, *passim*.

¹⁹ R. Miccù, *"Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, cit., p. 243 ss.

Né, infine, va trascurata l'approfondita trattazione di Antonio Cantaro, il quale distingue quattro modelli *forti*, cioè prescrittivi, di costituzione economica, “con matrici culturali molto differenziate tra loro, qualche volta profondamente divergenti e che maturano [...] anche in epoche diverse”, ma con la comune tendenza ad affermare l'esistenza di “un complesso di principi e di valori relativamente autonomi rispetto all'insieme della costituzione: di finalità costituzionali nel campo economico e sociale gerarchicamente sovraordinate, che si impongono di per sé sino a costituire un vincolo alla libera determinazione dei poteri democratico-rappresentativi”²⁰; sarebbe così possibile isolare un *modello liberista* di costituzione economica – basato sul presupposto dell'autonomia dell'ordine naturale del mercato e sull'assunto che il diritto privato rappresenta la costituzione materiale della società civile²¹ –, un *modello solidarista* – che, ribaltando la prospettiva liberista, rinviene il nucleo della costituzione economica “in tutte quelle norme costituzionali che assicurano il perseguimento del benessere collettivo e delle posizioni sociali svantaggiate, il riequilibrio di potere tra capitale e lavoro”²² –, un *modello neoliberale* – sensibile alla teoria ordolibera della *soziale marktwirtschaft*²³ – e un *modello interventista* – centrato sul duplice vincolo della crescita e della stabilità economica²⁴.

1.1. (segue) I significati di costituzione economica: una proposta tassonomica.

Ecco, allora, che, anche alla luce di questi contributi dottrinali, si può provare ad avanzare una proposta completa di classificazione degli usi della nozione di costituzione economica.

²⁰ A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, Bonanno editore, Acireale, 1994, p. 79.

²¹ Ivi, p. 81 ss. L'assunto “del diritto dei privati come ‘costituzione economica’ trova per la dottrina giuridica liberale un fondamento nella qualificazione, contenuta nelle costituzioni” ottocentesche, “delle libertà economiche come libertà assolute e inviolabili. Dall'invulnerabilità della proprietà privata, dell'impresa e della libertà contrattuale viene infatti dedotta l'esistenza di ‘limiti impliciti all'azione dei poteri pubblici’ che, vincolando questi al ‘non intervento’ nei rapporti interprivati, garantirebbero un funzionamento del mercato affidato all'automatismo e allo spontaneismo delle sue regole. A questa visione della ‘costituzione economica’ come l'insieme delle norme e dei principi posti a garanzia della legalità naturale dell'ordine di mercato, è connessa una rappresentazione della codificazione come una sorta di ‘costituzionalizzazione della proprietà e del contratto’ (M. Giorgianni) e del diritto privato come la vera costituzione della società civile” (ivi, pp. 92-93).

²² Ivi, p. 99.

²³ Ivi, p. 104 ss.

²⁴ Ivi, p. 111 ss.

Ciò risulta necessario sia ai fini di una maggiore chiarezza concettuale ed espositiva sia nell'ottica di una ricostruzione complessiva che tenga conto della diversità degli approcci teorici.

In primo luogo, emergono i *significati non giuridici di costituzione economica*.

Entro questa prima categoria, possiamo annoverare:

- *Significati economici*: nella dottrina economica tedesca emerge una distinzione tra un'accezione *descrittiva* e un'accezione *prescrittiva* di *Wirtschaftsverfassung*, la prima designando un *tipo ideale* di economia – l'economia sociale di mercato, l'economia collettivista, l'economia corporativa – ovvero, se si vuole, l'economia così come *dovrebbe essere*, conformemente ad un modello astratto riconducibile ad uno schema teorico; la seconda rappresentando la descrizione di una specifica e concreta economia, ovvero la *struttura* di un "ordine economico"²⁵ storicamente e geograficamente determinato²⁶.

- *Significati socio-politici*: la costituzione economica, in questa prospettiva, rappresenta la base materiale della stessa costituzione giuridico-politica, espressione dell'assetto dell'economia risultante dalla combinazione della struttura oggettiva dei rapporti di produzione e dal ruolo direttivo delle forze dominanti. Questa nozione di costituzione economica enfatizza, dunque, gli aspetti materiali sottesi alla costituzione in senso formale, traendo spunto²⁷ dalla lezione marxiana – che guarda all'organizzazione dell'economia politica come fulcro della costituzione reale²⁸ – e, ancor più, da quella lassalliana²⁹ – da cui derivava una critica delle costituzioni formali ottocentesche, nella misura in cui esse o si

²⁵ La nozione di *ordine economico* è stata variamente approfondita dalle scienze sociali: sui rapporti tra ordinamento giuridico ed ordine economico, v. la trattazione classica di M. Weber, *Economia e società*, trad. it., vol. 2, Edizioni di Comunità, Milano, 1980; v. anche, nel novero degli studi giuridici, G. Capograssi, *Percorsi vari di economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, Padova, 1940, p. 195 ss.; T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959. Nella letteratura costituzionalistica, v. in particolare A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, cit., *passim*.

²⁶ Entro questa accezione può annoverarsi, in effetti, anche la dottrina della costituzione economica della scuola del sociologismo economico di Achille Loria (A. Loria, *Le leggi organiche della costituzione economica*, Bocca, Torino, 1889; Id., *La costituzione economica odierna*, Bocca, Torino, 1899; G. Arias, *Il sistema della costituzione economica e sociale italiana nell'età dei comuni*, Casa editrice nazionale, Torino-Roma, 1905; C. Ottolenghi, *I profitti industriali nella costituzione economica odierna*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1907).

²⁷ Per un siffatto significato di costituzione economica, v. M. Goldoni, *Costituzione economica*, in C. Caruso e C. Valentini (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 2021, in particolare pp. 174-180.

²⁸ K. Marx, *Introduzione alla critica dell'Economia politica*, tr. it. Quodlibet, Macerata, 2010, in particolare pp. 34-35.

²⁹ F. Lassalle, *Über Verfassungswesen*, in Id., *Gesammelte Reden und Schriften*, a cura di E. Bernstein, vol. II, Paul Cassirer, Berlino, 1919, trad. it. *Sulla natura delle costituzioni*, Casa editrice Ambrosiana, Roma, 1945, *passim*.

ponevano come codificazione dei sottostanti rapporti di forza sociali o, allorché non fossero corrispondenti alla realtà sociale, si rivelavano mere costituzioni di copertura³⁰: nell'uno caso, infatti, le costituzioni formali rappresentano la positivizzazione dei valori e degli interessi delle forze sociali egemoni (le borghesie emergenti, nell'epoca in cui scriveva Lassalle); nell'altro, esse sono destinate all'inattuazione o, comunque, ad una breve esistenza, attesa la discrasia esistente “tra il livello dell'organizzazione sociale e quello delle forme giuridiche”³¹. Una simile prospettiva di analisi appare, peraltro, di particolare interesse e utilità allorché la costituzione economica si ponga esclusivamente al di fuori del perimetro formale (come nel caso del Regno Unito, la cui storia costituzionale ha fatto a meno di una costituzione formale scritta, e degli Stati Uniti, la cui Costituzione, storicamente datata, non conteneva – e non contiene – disposizioni relative alla regolazione dei rapporti economici).

Accanto ai significati economici e socio-politici di costituzione economica, si affiancano quelli *giuridici*, che possono essere ricondotti a tre impieghi fondamentali, caratterizzati da ulteriori varianti.

- Significati *descrittivi*: *giuridico-formali* e *giuridico-materiali*. La prospettiva descrittiva *giuridico-formale* si limita a considerare la costituzione economica come l'insieme delle disposizioni costituzionali relative alla regolazione dei rapporti economici, ovverosia la disciplina costituzionale dell'economia. Entro siffatta prospettiva, invero, non mancano quegli autori che vi includono anche quelle norme che, pur essendo contenute in leggi ordinarie, nondimeno assumono un rango costituzionale: è questo, in effetti, il primo significato di costituzione economica accolto da Cassese, il quale non rinuncia al tradizionale approccio descrittivo, includendovi però, per l'appunto, anche quei principi regolativi del diritto dell'economia che, quantunque non trovino diretto appiglio in Costituzione, finiscono con l'acquisire una rilevanza *sostanzialmente* costituzionale³².

Questo uso, si diceva, appare prevalente nella dottrina giuspubblicistica italiana, pur non essendo esente dalle critiche che già *supra* sono state ricordate. Tra i primi autori a dedicarsi alla disciplina costituzionale dell'economia, per esempio, Vincenzo Spagnuolo Vigorita intendeva la costituzione economica come “posizione di un sistema economico da parte dell'intero ordinamento giuridico”, che “può essere ricavata dall'insieme delle norme

³⁰ V. ancora M. Goldoni, *Costituzione economica*, cit., p. 175.

³¹ *Ibidem*.

³² S. Cassese, *Introduzione*, cit., p. 3.

costituzionali sui rapporti economici”³³: il diritto, dal punto di vista teorico-generale, allora, “costruisce e tutela la ‘costituzione economica’ che, scelta in sede politica, solo mediante gli strumenti dell’ordinamento giuridico viene realizzata e assicurata, con la posizione di norme a quelle scelte corrispondenti”³⁴. Sulla stessa scia, si colloca Cavaleri³⁵ che, nel dedicare il suo volume alla giurisprudenza costituzionale, invocando sin dal titolo il concetto di *costituzione vivente*, ricorre più volte alla nozione di costituzione economica, ma con accezione meramente descrittiva e senza mai né fornirne una definizione puntuale né indagarne il retroterra teorico, specie di matrice tedesca. Anche De Carli, in un’opera coeva, si limitava ad assumere il concetto di costituzione economica in senso descrittivo, non indagandolo né giustificandone l’impiego³⁶. Più recentemente, in un saggio sul tema, Giuseppe De Vergottini, ha accolto un significato descrittivo ampio di costituzione economica, limitandosi a definirla come l’“insieme delle disposizioni costituzionali che riguardano i rapporti economici” e, sulla scia del primo dei tre significati accolti da Cassese, includendovi anche “le regole contenute in atti legislativi che hanno sicuramente portata costituzionale”³⁷.

La costituzione economica, però, può essere inquadrata anche in una prospettiva descrittiva *giuridico-materiale*, guardando sì certamente all’insieme delle disposizioni costituzionali (ed, eventualmente, a quelle formalmente legislative ma sostanzialmente costituzionali) attinenti alla disciplina del fenomeno economico, ma valutate in rapporto alla prassi amministrativa, ai vincoli internazionali e, soprattutto, ai presupposti economici materiali o reali che rendono possibile, sul terreno dell’effettività, un determinato assetto giuridico dei rapporti economici. Quest’ottica, a sua volta, può essere variamente declinata. È possibile far rientrare nel novero di questa voce classificatoria, per esempio, il secondo e il terzo significato di costituzione economica proposto da Sabino Cassese, l’uno inteso come insieme di istituti non necessariamente appartenenti alla costituzione scritta, derivante dall’analisi delle norme e, secondo la lezione di Dicey, anche dei mutamenti dell’opinione pubblica; l’altro, più ampio, che include anche gli aspetti legati alla prassi amministrativa in rapporto al fatto economico³⁸. Parimenti, a questo gruppo di significati di costituzione

³³ V. Spagnuolo Vigorita, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, p. 49.

³⁴ Ivi, p. 13.

³⁵ P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione “vivente”*, Cedam, Padova, 1978, *passim*.

³⁶ P. De Carli, *Costituzione e attività economiche*, Cedam, Padova, 1978, *passim*.

³⁷ G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Diritto e società*, 3-4/2010, pp. 333-334.

³⁸ Cfr., ancora, S. Cassese, *Introduzione*, cit., pp. 3-4.

economica è certamente ascrivibile la nozione di *materielle Wirtschaftsverfassung* adottata, nella dottrina tedesca, da Hamann³⁹, il quale prende in considerazione i presupposti economico-sociali come condizione di effettività delle disposizioni costituzionali, individuati – in un contesto ordinamentale riconducibile alla forma di Stato sociale di diritto (quel *Sozialstaat* ex artt. 1 e 20 del *Grundgesetz* del 1949) – in un benessere economico-sociale collettivo e diffuso proprio di un sistema economico misto ed interventista⁴⁰. Un approccio, questo, al quale sembra accennare anche Merusi nel suo commento all'art. 47 Cost., allorché richiama il ruolo dei vincoli economici e, soprattutto, monetari, nell'analisi di diritto costituzionale, così allargando la trattazione della costituzione economica ai fattori materiali dell'ordine valutario interno ed esterno, sicché ne deriverebbe che, per la costituzione economica italiana, il valore della moneta – pur non essendo dedicata alla materia valutaria un'espressa disposizione costituzionale – risulta dall'equilibrio di tre fattori: “la componente estera di un ordinamento giuridico, e perciò anche economico, ‘aperto’; la finanza pubblica e la relazione risparmio-credito”, posto che tale equilibrio deve essere “raggiunto compatibilmente con, e sul presupposto di, un sistema economico fondato sulla piena occupazione”⁴¹. Per certi versi affine, poi, è l'opzione metodologica di Giuseppe Di Gaspere, il quale distingue la costituzione economica formale dalla costituzione economica materiale, quest'ultima identificata con il *diritto vivente* dell'economia, risultante dall'evoluzione storica, segnata da cesure e fasi, del combinato degli assetti giuridici ed economici nelle dinamiche internazionali⁴². Un approccio giuridico-materiale alla costituzione economica, ancora, è certamente quello di Gianpiero di Plinio, il quale – muovendo dal rapporto tra struttura economica e diritto pubblico e coniugando l'approccio marxiano con il metodo storicistico (sul presupposto che non esiste *il* diritto bensì esistono *i* diritti, vale a dire i sistemi giuridici storicizzati, che trovano fondamento, razionalità e legittimazione da determinati assetti storici della società

³⁹ A. Hamann, *Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht*, Luchterhand, Monaco, 1958, *passim*.

⁴⁰ Su cui, v. anche G. Bianco, *Costituzione ed economia*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 200-201. Per l'A., “la nozione di costituzione economica può essere necessaria, quindi, soltanto se è funzionale per indicare, a livello di diritto costituzionale dell'economia, un insieme di dati storici che si sono affermati, consolidati e sono stati trasfusi in norme costituzionali e ciò con particolare riferimento all'incremento delle funzioni economiche del governo per l'attuazione di determinati principi fondamentali ed alla dialettica tra autonomia privata ed azioni pubblica di indirizzo e controllo dell'economia; mentre appare inutile qualsiasi eccessivo dualismo di essa con la Costituzione politica proprio perché la Costituzione [...] è da intendersi in senso unitario” (p. 201).

⁴¹ F. Merusi, *Art. 47*, cit., p. 153.

⁴² Per questa opzione di metodo, v. G. Di Gaspere, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova, 2017, spec. p. 11.

e dell'economia) – considera la costituzione economica come “insieme dei *core values* che in ogni fase installano negli ordinamenti giuridici le condizioni materiali dettate dal modo di produzione e dai suoi mutamenti”: tutti gli ordinamenti giuridici, perciò, si fonderebbero “su una costituzione economica, composta dei valori imperativi del modo di produzione”⁴³. È, quindi, l'economia che pone i suoi principi di struttura alla sovrastruttura giuridica, e “l'unità di misura storicamente universale e preliminare del fenomeno giuridico non può che essere il sistema economico, cioè il modo di produzione della stessa esistenza degli uomini”⁴⁴, sicché, in ultima istanza, volendo accostare la posizione dell'autore alla lezione lassalliana, è *la costituzione economica la vera costituzione materiale*, idonea a sorreggere la costituzione politica (formale). Conseguentemente, per il fautore di questo approccio, la distinzione tra costituzione economica e costituzione politica non è un aspetto patologico che attenta all'unità della costituzione, quanto piuttosto un *dato fisiologico e strutturale*, che fa della costituzione economica l’“oggettività costituzionale” presupposta (e, per questo, non violabile) dalla “volontà” della costituzione politica⁴⁵. Questo approccio teorico alla costituzione economica si rinviene anche in un classico della dottrina costituzionalistica portoghese⁴⁶, che rappresenta un ambizioso tentativo di costruzione di una teoria generale della costituzione economica, quest'ultima definita come “garanzia giuridica di una concreta forma economica di un determinato sistema economico” e, dall'altra parte, come “fondamento di un determinato ordine economico”⁴⁷: la costituzione economica, pertanto, viene individuata sia come la cristallizzazione giuridica di una particolare *forma*, cioè di una *modalità di manifestazione*, che può assumere un sistema economico dato da un determinato modo di produzione (ad esempio, la forma concorrenziale del sistema economico capitalistico dato dal relativo modo di produzione), sia come il *fondamento della struttura* ordinatrice di una singola concreta economia. In quest'ottica, diverrebbe agevole comprendere che può aversi una trasformazione profonda

⁴³ G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in *Federalismi.it*, numero speciale 5/2019, pp. 109-110. Per un approfondimento, v. Id., *Diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1998, in particolare pp. 1-11 e pp. 107-110.

⁴⁴ Id., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 7.

⁴⁵ Ivi, p. 110.

⁴⁶ V. Moreira, *Economia e Constituição. Para o conceito de constituição económica*, ed. Università di Coimbra, Coimbra, 1979, *passim*.

⁴⁷ Ivi, p. 46 (traduzione nostra). L'A. definisce il “sistema economico” in base ai modi di produzione (capitalistico, feudale, socialista, v. p. 47), la “forma economica” come il modo tipico di manifestazione di un determinato sistema (p. 48) – sicché, per esempio, nell'ambito del sistema capitalistico, si rinviene la forma concorrenziale, quella monopolistica, il capitalismo di Stato, ecc. –, mentre l’“ordine economico” rappresenta la struttura ordinatrice di una determinata economia concreta.

della costituzione economica senza che ne risulti una trasformazione del sistema economico complessivo⁴⁸: una categoria ermeneutica, dunque, che si rivelerebbe particolarmente utile per spiegare anche le trasformazioni della stessa costituzione economica italiana, che, nell'ambito di un medesimo sistema economico (capitalistico, perché dato dal *modo di produzione capitalistico*), ha nondimeno subito il passaggio dallo *Stato fiscale keynesiano* allo *Stato neoliberale aperto*. La costituzione economica sarebbe dunque un *concetto giuridico-materiale dalla valenza teorica*, come tale applicabile ad ogni ordinamento positivo.

In questo contesto, ma con una propria specificità che la allontana dai rischi di determinismo economicistico insiti nell'iper-valorizzazione di una pretesa *oggettività costituzionale* e nella conseguente svalutazione del volontarismo politico, si colloca anche la prospettiva accolta da Alberto Predieri⁴⁹, che, nell'analizzare la disciplina costituzionale italiana dell'economia, muove dal presupposto che la costituzione democratica del '48 presuppone “una costituzione economica materiale ad economia mista”⁵⁰ (assunta nella costituzione formale agli artt. 41-47 Cost.): prospettiva, però, come si accennava, scevra dai potenziali rischi di determinismo insiti in una nozione di costituzione economica (materiale) di matrice marxiana, in quanto agganciata all'idea mortatiana di costituzione materiale, come si evince da un espresso richiamo al Maestro calabrese⁵¹ a proposito dell'“assorbimento della costituzione economica, come parte della costituzione materiale, nella costituzione formale”⁵². In altri termini, dunque, la costituzione formale italiana, per Predieri, “ha assunto una costituzione economica intesa come parte della costituzione materiale, considerata questa quale presupposto, fondamento e sostegno della costituzione formale [...], assorbita e formalizzata nei suoi lineamenti di sistema innegabilmente misto”⁵³.

- *Significati prescrittivi forti o decisionistici*: In opposizione ai significati meramente descrittivi di costituzione economica, in senso giuridico-formale o giuridico-materiale, si rinvencono le accezioni prescrittive, che possono essere, a loro volta, ricondotte a due varianti, assai diverse tra loro per contenuto, ma caratterizzate da un elemento teorico

⁴⁸ Ivi, p. 52.

⁴⁹ A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, Roma – Ivrea, 1964, in particolare pp. 35-41.

⁵⁰ Ivi, p. 35.

⁵¹ Ivi, p. 37, nota 104.

⁵² Ivi, p. 37.

⁵³ Ivi, p. 38.

comune, vale a dire il riconoscimento di un nucleo di principi normativi, specificamente rivolti alla dimensione dei rapporti economici, che esprimono un *dover essere* di rango normativo-superiore proprio di una *decisione fondamentale* sulla forma e sulla specie dell'unità economica. Possiamo mutuare, allora, la formula schmittiana (sulla costituzione come decisione) sul piano della costituzione economica: operazione che Schmitt non approverebbe, in nome dell'unitarietà della costituzione, ma che, sul piano euristico, può essere utile richiamare al fine di cogliere l'elemento sotteso alle nozioni prescrittive di costituzione economica, vale a dire l'operare di una decisione suprema, politicissima ma dagli effetti spoliticizzanti, in grado ora di porre l'economia al riparo dall'invasione della sfera statuale ora, al contrario, di determinare *a priori* la scelta di un sistema economico statalista. È evidente, allora, che il contenuto della decisione può essere vario, anzi antitetico, ma comune è il *proprium* della decisione, ovverosia la sua essenza di individuazione, in termini di scelta politico-fondamentale in quanto costituzionale, di una determinata forma di un sistema economico, così da produrre l'effetto neutralizzante e spoliticizzante che impedisca, una volta per tutte, di questionare l'assetto dell'ordine giuridico-economico e, dunque, di estendere ad esso il *conflitto* economico (produttivo e distributivo).

Il primo significato prescrittivo forte di costituzione economica, allora, è *nel senso della separazione liberale Stato/società*⁵⁴, fondato sul presupposto di una decisione fondamentale per l'*autonomia dell'economico*. Questa visione normativa di costituzione economica è stata patrocinata in particolare dalla scuola ordoliberal, specie da Eucken e Böhm, e ha avuto, nella dottrina italiana, una eco nel pensiero di Giovanni Bognetti⁵⁵. Sebbene Bognetti non lo affermi esplicitamente, non fornendo una elaborazione sul piano teorico della categoria concettuale di costituzione economica, egli va inquadrato entro questo contesto, atteso che la sua prospettiva è tutta rivolta a separare i principi

⁵⁴ Sul *mito* originario della teoria costituzionale liberale, v. le considerazioni di A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, cit., pp. 56-57, secondo il quale proprio in questo presupposto “risiede il paradosso e al tempo stesso l'originalità della teoria costituzionale liberale. Questa, infatti, avendo distinto in due sfere nettamente separate pubblico e privato, politica ed economia, non può mai configurarsi come costituzione dell'intera società: essa è morfologicamente ‘carta di governo’, costituzione formale, costituzione politica, costituzione giuridica. E, tuttavia, essa progetta un ordine politico e giuridico che, benché distinto dall'ordine economico e sociale, è comunque egualmente in grado di ordinare la vita sociale nel suo complesso. L'articolazione di questa in due distinte sfere, una pubblica ed una privata, è, infatti, concepita in modo tale da ‘rinviare’ a quest'ultima la questione di quale debba essere il concreto ordine economico-sociale della comunità”.

⁵⁵ In particolare, cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, 1995, seconda ed., e i contributi precedentemente raccolti negli scritti del Gruppo di Milano diretto da G. Miglio, *Verso una nuova Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1983, spec. p. 133 ss.

costituzionali che sovrintendono all'economia mista (artt. 41 ss., riletti nell'ottica dell'*economia sociale di mercato*, di chiara matrice ordoliberal) dai principi costituzionali sui fini sociali (operazione intellettuale, invero, protesa a neutralizzare la portata performativa e trasformatrice dell'art. 3, c. 2, Cost., al punto che si traduce nella proposta, *de iure condendo*, di riscrittura del Titolo III della Parte I). Può essere giovevole, in tal senso, a fini euristici, impiegare la categoria schmittiana del “concetto ideale di costituzione” – individuato, com'è noto, dal giurista di Plettenberg come la “costituzione così detta in un senso peculiare, a causa di un determinato contenuto”⁵⁶, per descrivere la costituzione secondo i principi liberali o, se si vuole, la pretesa liberale al monopolio del concetto di costituzione secondo i canoni del costituzionalismo –, per sostenere che, a ben vedere, quello di Bognetti rappresenta un tentativo di costruzione di un *concetto ideale di costituzione economica*, ossia di una *costituzione economica definita in virtù di un determinato contenuto*, quello dell'economia sociale di mercato, teso a spolticizzare il mercato per allontanarvi il conflitto distributivo. Ma, da un punto di vista teorico, non si può individuare un tipo (di costituzione, in generale; di costituzione economica, in particolare) eleggendolo a “dogma”, prescindendo dai condizionamenti storici e politici, al punto di ritenere che, concettualmente, sia ammissibili un'unica accezione che dia senso all'espressione stessa di costituzione economica. Tuttavia, va al contempo registrato che, in altra sede⁵⁷, l'autore sembra accogliere un significato prescrittivo nel senso debole di costituzione economica, intendendola come insieme dei principi fondamentali sui quali si basano, in un ordinamento giuridico, i particolari istituti che reggono i processi di produzione e distribuzione della ricchezza.

Dall'altra parte, ma con identico effetto spolticizzante, vi è la nozione di costituzione economica *nel senso dell'imposizione di un modello statalista dell'economia, ovvero dell'economia subordinata all'ideologia di Stato*. Questa accezione di costituzione economica esprime l'idea di una completa subordinazione della sfera economica alla

⁵⁶ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, p. 58. Secondo Schmitt, “per motivi politici è spesso indicata come ‘vera’ o ‘pura’ costituzione solo ciò che corrisponde ad un determinato ideale di costituzione. Il modo di esplicarsi della lotta politica porta con sé che ogni partito in lotta riconosce come vera costituzione solo una costituzione che corrisponda alle sue richieste politiche” (p. 58), sicché, nello Stato borghese di diritto, sarebbe ‘vera’ costituzione solo quella che ponga un sistema di garanzie delle libertà borghesi, introduca la distinzione dei poteri, e assuma la veste di una carta costituzionale scritta. Dal punto di vista teorico, allora, il tipo dello Stato borghese di diritto, e della sua costituzione, non può essere assunto a dogma assoluto, di cui debbano essere ignorati il condizionamento storico e la relatività politica.

⁵⁷ G. Bognetti, *La Costituzione economica*, in A. Vignudelli (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, anno accademico MMX-MMXI, Mucchi, Modena, 2011, p. 159 ss.

direzione politica, contenutisticamente antitetica alla precedente decisione fondamentale, pur altrettanto carica di effetti di neutralizzazione del conflitto produttivo e distributivo, in favore dell'autonomia del mercato e dell'economico. Siffatta prospettiva sarebbe l'unica entro la quale avrebbe un senso parlare di costituzione economica, secondo Carl Schmitt, il quale, inserendosi incidentalmente nel dibattito sull'art. 165 della Costituzione di Weimar, rifiuta la configurazione della *Reichsverfassung* alla stregua di una costituzione economica – non essendo giuridicamente configurabile, pena la rottura dell'unità della costituzione medesima, la costruzione di una democrazia dei consigli quale espressione di una costituzione economica indipendente da quella politica – ritenendo, invece, applicabile la nozione in esame soltanto all'esperienza dello Stato corporativo fascista e allo Stato sovietico, entrambi caratterizzati da una decisione fondamentale spoliticizzante sull'ordine economico, una decisione *totale* vista come via d'uscita, invero solo apparente e ingannevole – sia pure in due direzioni materialmente opposte –, alla crisi dello Stato *economico* contemporaneo quale Stato totale quantitativo⁵⁸, che, però, non ha il senso “di rendere libera ed autonoma l'economia, ma al contrario di consegnarla in mano allo Stato e di sottometerla ad esso”⁵⁹.

L'impiego di modelli prescrittivi forti tradisce, così, una comune diffidenza verso la democrazia e verso un'ampia discrezionalità del legislatore in materia economica (nella prospettiva di un primato “dell'*economia politica* sulla *politica economica*”⁶⁰); si può sostenere, in proposito, che proprio le teorie prescrittive forti della costituzione economica – nel quadro di una visione di *economic constitutionalism* – rappresentino uno dei vettori di quella crescente tensione tra democrazia e costituzionalismo cui ricorre Dieter Grimm⁶¹, finendo il secondo polo (in particolare in presenza della costituzionalizzazione di vincoli economici) col limitare – e comprimere oltremodo – la sfera di libera determinazione del legislatore, espressione della democrazia⁶².

Significati prescrittivi deboli: è possibile, infine, isolare un altro uso del concetto di costituzione economica, che potremmo definire *prescrittivo debole* in quanto, considerando la nozione come identificativa dell'ordinamento fondamentale e unitario dei

⁵⁸ V. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, cit., pp. 149-154.

⁵⁹ Ivi, p. 154.

⁶⁰ Così O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, p. 69.

⁶¹ D. Grimm, *Moins de constitution pour plus de démocratie en Europe?*, Lectio magistralis, Collège de France, Parigi, 29 marzo 2017.

⁶² È questa la tesi di G. Gregoire e X. Miny, *Introduction*, cit., p. 8.

rapporti economici, può essere individuato *in negativo*, per differenza rispetto agli altri approcci. Esso, infatti, pur prendendo le mosse dall'insieme delle disposizioni costituzionali concernenti la regolazione del fattore economico, non si limita ad assumere una funzione meramente descrittiva, ma esprime la normatività di principi specificamente riferibili alla disciplina dell'economia; tuttavia, e differentemente dagli approcci prescrittivi forti – specie rispetto alla prima accezione –, il riconoscimento di un ambito materiale definito (cioè l'esistenza di una disciplina costituzionale dell'economia) non ne implica l'autonomia, alla stregua di un corpo estraneo, sottolineandone, invece, l'aggancio alla costituzione politica e, in ultima istanza, l'unità della costituzione. A questo approccio può essere ricondotta, per esempio, l'analisi di Umberto Pototschnig, che, nel suo storico lavoro sui servizi pubblici, muove dall'idea che le norme costituzionali (italiane) in tema di rapporti economici tracciano anche le linee fondamentali secondo cui questi rapporti dovranno ordinatamente svolgersi, introducendo l'espressione *costituzione economica* per designare, appunto, l'ordinamento fondamentale, e quindi unitario, del modo di svolgersi dei rapporti economici⁶³; sicché, per l'autore, la costituzione economica in senso giuridico esprime la “positiva determinazione dei principi e delle regole che non tanto definiscono il sistema economico prescelto, ma governano il modo di realizzazione di tutti i rapporti economici”⁶⁴, secondo quel fine unitario – principio autenticamente direttivo dei rapporti economici medesimi – rappresentato dal principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, c. 2, Cost., valorizzato in via ermeneutica in virtù delle clausole generali di «utilità sociale» e dei «fini sociali» di cui all'art. 41, co. 2 e 3, Cost. Su questa scia, si colloca anche il contributo di Alessandro Pizzorusso, a partire dal presupposto della nozione di costituzione economica come “complesso di principi costituzionali che si occupano dei rapporti economici e dai quali si desume quale modello di società sia stato prefigurato dai costituenti”⁶⁵, sicché l'utilità dell'elaborazione di una tale nozione consisterebbe nella “realizzazione di un sistema di principi caratterizzati da una loro specificità nel più ampio quadro del sistema costituzionale”⁶⁶.

Nell'ambito di questa proposta di classificazione, occorre aggiungere, in verità, un ulteriore significato di costituzione economica.

⁶³ U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., p. 75.

⁶⁴ Ivi, p. 74, nota 9.

⁶⁵ A. Pizzorusso, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA.VV., *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 6.

⁶⁶ Ivi, p. 7.

E qui veniamo alla prospettiva teorica alternativa che il presente lavoro intende offrire: l'idea, cioè, della costituzione economica, intesa come concetto teorico generale, quale *parte della costituzione materiale in senso mortatiano*.

Quest'ottica intende mettere insieme la tradizione dei significati giuridico-materiali di costituzione economica, protesi ad includere nel dato giuridico la considerazione dei presupposti economici strutturali, con la giusta considerazione critica secondo la quale la costituzione economica non può essere intesa come la carta di un ambito extra-statale, distinto e avverso all'ambito politico, semmai essendo essa la stessa e identica costituzione dello Stato, non indebolita nella sua originaria positività, ma soltanto "applicata" ai rapporti dell'economia, dunque una "*determinazione interna all'unità complessiva della costituzione*"⁶⁷.

Quest'alternativa teorica appare, allora, necessaria per superare le (opportune) riserve, di cui si è detto sin dal principio, nei confronti degli usi tradizionali descrittivo e prescrittivo forte dell'espressione, così da ricomprendere saldamente la costituzione economica nell'ambito della costituzione politica, e dunque per non perdere di vista le interconnessioni fondamentali all'interno della costituzione materiale, la quale regge la costituzione formale nella sua *totalità* e *globalità*, sicché, da un punto di vista teorico-generale, di *costituzione economica* si può parlare muovendo dall'individuazione dei *fini di politica economica costituzionale*, o, se si vuole, dei *fini politico-economici fondamentali* dell'ordinamento, purché sia chiaro che l'espressione in tanto assume una funzione giuridica in quanto sia inclusa nel contesto complessivo della costituzione materiale.

Ciò detto, ci potrebbe essere opposto che, così ricostruita la nozione, staremmo riproponendo un significato descrittivo, da annoverare nella *species* dei significati in senso giuridico-materiale, ma in realtà il pregio euristico della tesi qui avanzata risiede nell'ancorare l'economia al *fine politico fondamentale* della costituzione materiale (nella sua declinazione di *fine politico-economico fondamentale*), con tutte le conseguenze normative che ne discendono anche in rapporto alla costituzione formale (per esempio, ora sul piano dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale ora sul piano dell'interpretazione costituzionale); d'altra parte, così sostenendo, non si cadrebbe neppure nell'affermazione di un significato prescrittivo forte (in quanto, se la concettualizzazione, da parte nostra, è proposta in termini di una nozione di teoria generale, la prescrittività

⁶⁷ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 17.

forte, nel senso dell'imposizione di un modello economico determinato ovvero della separazione Stato-economia, sarebbe una mera *eventualità teorica*, in quanto discenderebbe dalle *singole* costituzioni materiali – a seconda di come siano storicamente configurabili e per come sorreggano le relative costituzioni formali – dei singoli ordinamenti, dunque a seconda dei *fini politici fondamentali* di ciascuna costituzione materiale).

In tal senso, sarebbe difficilmente accettabile anzitutto una categoria teorico-generale di costituzione economica fondata sulla separazione Stato/società, perché, dal punto di vista del diritto costituzionale, è radicalmente impensabile una *autonomia dell'economico* dal *politico*, di talché una simile impostazione – cara ai fautori del liberismo economico – in realtà è mera ideologia (nel senso deteriore marxiano di *falsa coscienza*), giacché da una parte l'assunto della libertà assoluta dell'economia dallo Stato è un'opzione anch'essa massimamente politica, e non certo un dato naturale oggettivo (e, quindi, semmai sarebbe conseguenza di una specifica costituzione economica per come in concreto configurata), e, dall'altra, empiricamente e storicamente, il mercato (come insegna la lezione polanyana) è sempre un ordine giuridico che abbisogna sempre dello Stato per il suo *farsi* (il che, pertanto, escluderebbe la possibilità di costruire una categoria teorica di costituzione economica secondo un canone di assoluta autonomia). Allo stesso tempo, ricorrere – come concetto teorico – ad una categoria di costituzione economica che imponga un modello economico determinato – nell'unico senso che Carl Schmitt ritiene possibile attribuire alla nozione, allorché si riferisce allo Stato corporativo fascista o allo Stato sovietico – è fuorviante, poiché tale imposizione, come negli esempi citati, rappresenta pur sempre una conseguenza del *fine politico* della costituzione materiale, o – ancor meglio – una parte essenziale di esso.

Si tratterebbe, in fondo, di opporre ad un'*economia politica costituzionale a la Buchanan*⁶⁸ una "*politica economica costituzionale*", rifiutando quella *naturalizzazione* dell'economia

⁶⁸ Mostra importanti punti di contatto con l'interventismo giuridico insito nella teoria della *Wirtschaftsverfassung* ordoliberal la scuola della *Constitutional Political Economy*, il cui massimo esponente fu, per l'appunto, James M. Buchanan, vincitore del Premio Nobel per l'economia nel 1986. La scuola di Buchanan, a ben vedere, condivide con l'ordoliberalismo tedesco l'idea che l'ordine di mercato presupponga una cornice giuridico-istituzionale complessiva e definita, e segnatamente un quadro generale di norme ordinatrici, specie a livello costituzionale; ancora, sul presupposto del paradigma dell'*homo oeconomicus*, come agente razionale che opera sul mercato per massimizzare la propria utilità, e della critica conseguente verso le politiche macroeconomiche, di stampo keynesiano, rivolte al sostegno della domanda aggregata, entrambe le prospettive teoriche rivendicano "un aggiornamento del costituzionalismo liberale [...], auspicando l'introduzione di vincoli costituzionali più penetranti nei confronti dei poteri pubblici in materia fiscale, monetaria e di regolazione dei mercati" (così O. Chessa, *La costituzione della moneta*).

propria dell'Analisi Economica del Diritto e dei suoi fondamenti epistemologici hayekiani⁶⁹ e riconoscendo, semmai, la centralità del *politico* e la questione fondamentale del potere in seno alla società⁷⁰.

Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio, cit., p. 72), traducendosi nella proposta di costituzionalizzare il principio di indipendenza delle banche centrali, la tutela della concorrenza e la regola del pareggio di bilancio. Ma, ancora, l'elemento in comune di maggior pregnanza è rappresentato dalla critica verso la deriva interventista della democrazia, muovendo dal convincimento che il processo democratico è intrinsecamente viziato da un "paradigma dello scambio" tra gruppi di interessi organizzati che rivendicano privilegi corporativi nel nome di una presunta giustizia sociale: in tal modo, gli studi sulla *Public Choice* pervengono alla conclusione della necessità di arginare la gestione discrezionale della politica economica attraverso norme costituzionali "dirette a neutralizzare la forza espansiva del paradigma dello scambio" (ivi, p. 77). Una lettura, questa, che, peraltro, mostra interessanti – solo apparentemente paradossali – punti di contatto con la coeva letteratura marxista sulla crisi fiscale dello Stato, a partire da quel celebre volume di James O' Connor che, proprio cogliendo le dinamiche neocorporative delle democrazie contemporanee basate sullo "scambio" politico tra interessi organizzati, dimostrava una tendenza generale (alla lunga insostenibile) all'aumento delle spese governative "più rapidamente delle entrate" (J. O' Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, trad. it. Einaudi, Torino, 1973, p. 4.). Una convergenza, quella tra neomarxisti e neoliberali, che tuttavia, a ben guardare, non stupisce, per la comune tendenza metodologica a sovraordinare le ragioni dell'economia – ora in quanto "struttura", per i marxisti, ora in quanto unico paradigma identificativo dell'agire umano, per i liberali – a quelle della politica, così occultando, però, una precisa ideologia dietro lo schermo dell'avalutatività scientifica e finendo col far dipendere dall'economia l'intero assetto della società e dello Stato (ed omettendo, altresì, di considerare quel nesso costitutivo fondamentale che lega le due dimensioni, cioè l'egemonia).

Il programma della scuola della *Constitutional Political Economy* si considera iniziato con G. Brennan e J. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, sulla base delle teorie hayekiane (F. A. Hayek, *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1967, pp. 11-33; Id., *Die Verfassung eines freien Staates*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1968, pp. 3-11; F. A. Hayek, *Reflections on constitutional economics*, in R. B. McKenzie (a cura di), *Constitutional economics: containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington, 1984, pp. 235-237), sviluppate ulteriormente da V. Vanberg, *A Constitutional Political Economy Perspective on International Trade*, in *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1992, pp. 375-392; Id., *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, in *Journal of Institutional Economics*, n. 1/2005, pp. 23-49. Per Vanberg, che connette questa tradizione all'ordoliberalismo tedesco, solo uno Stato forte può impedire a "(re)feudalization of state and society" e agire come "guardian of competitive order" (V. Vanberg, *Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule*, cit., pp. 29-30): l'ordine economico è il prodotto, perciò, di una "constitutional economic policy", il cui compito è quello di creare "the conditions under which the invisible hand that Adam Smith had described can be expected to do its work" (ivi, p. 29); cfr., sul punto, anche le considerazioni di V. Valentin, *L'idée de la constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire*, in G. Gregoire e X. Miny (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 253, il quale – pur nel quadro di una ricostruzione storico-concettuale rivolta a sottolineare la continuità tra liberalismo e neoliberalismo – coglie nel (neo)liberalismo il dato centrale che "le plein fonctionnement de la main invisible [...] requiert des conditions que l'État peut garantir". S. Adalid, *De la constitution économique à la constitution écologique: l'avènement de la 'méta-politique'*, in G. Gregoire e X. Miny (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 755, discorre, sul punto, di una "costituzione economica neoliberale" il cui obiettivo è quello di trasformare lo Stato per sottometterlo al mercato e permettere l'avvento di una "meta-politica", di una ideologia di mercato imposta giuridicamente attraverso il diritto.

⁶⁹ È questa la tesi di G. Gregoire e X. Miny, *Introduction*, cit., p. 17.

⁷⁰ Approccio, questo, già in nuce nel filone di pensiero "Law and Political Economy", sensibile alla lezione di Polanyi sulla giuridicità e sulla politicità del mercato. Cfr., in particolare, M.A. Wilkinson e H. Lokdam, *Law and Political Economy*, in *Lse Law, Society and Economics Working Papers*, n° 7/2018, disponibile al sito: <http://eprints.lse.ac.uk/87544/>, e il classico di K. Polanyi, *La grande trasformazione*, trad. it. Einaudi, Torino, 2010. Sull'interdipendenza di politica, economia e società, secondo la lezione di Polanyi, v. autorevolmente C. Joerges, *Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic"*, in G.

L'opzione teorica qui patrocinata aiuterebbe, peraltro, anche ad inquadrare le trasformazioni della costituzione economica nell'ambito di un mutamento complessivo della costituzione materiale; non potendosi scindere economia e politica, e non potendosi isolare dal punto di vista teorico una nozione di costituzione economica nell'accezione dell'autonomia dell'economico, le trasformazioni ordinamentali vissute dall'Italia (in ragione dei due vettori fondamentali rappresentati dai processi di globalizzazione e di integrazione sovranazionale) potrebbero essere configurate entro i termini di un *mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata*, una categoria sotto certi aspetti non nuova nel diritto costituzionale – come definire altrimenti, per esempio, l'avvento del fascismo storico a costituzione formale invariata? – ma che presenta indubbi aspetti di novità (e problematicità) in un contesto assai diverso, cioè quello dello *Stato neoliberale aperto*, che vede svuotare progressivamente dall'interno e, soprattutto, dall'esterno, i contenuti politico-economici delle costituzioni materiali degli Stati democratico-sociali⁷¹. Ancora, l'inquadramento della costituzione economica nell'ambito della costituzione materiale appare rilevante ai fini dell'interpretazione delle stesse disposizioni della costituzione formale in ambito economico, così da intendere queste alla luce dello *spirito* della costituzione materiale, ovverosia del *fine politico* e del *fine politico-economico* della seconda. In tal modo, lungi dal determinare una autonomizzazione della sfera dell'economico, il ricorso ermeneutico alla categoria della costituzione economica come parte (non separabile) della costituzione materiale consentirebbe di non perdere quella essenziale unità e globalità della costituzione.

2. Costituzione economica e teoria della costituzione materiale.

Lo sforzo teorico intrapreso è, allora, quello di inquadrare la costituzione economica nell'ambito della costituzione in senso materiale, non già, però, in una prospettiva di sterile opposizione alla costituzione formale o in quella, comune al costituzionalismo neoliberale e all'approccio metodologico marxiano, di contrapporre una pretesa *oggettività* costituzionale (struttura) condizionante ogni volontarismo politico, ma nell'ottica

Gregoire e X. Miny (a cura di), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, cit., p. 787 ss.

⁷¹ Applica la categoria di *mutamento costituzionale* alle trasformazioni della costituzione economica R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2020, pp. 23-45.

(accennata in Predieri, come si è visto) di agganciare la costituzione economica alla costituzione materiale intesa nel senso mortatiano.

Solo in questo modo, a ben vedere, è possibile superare quelle corrette riserve, di cui si è detto sin dal principio, nei confronti degli usi tradizionali descrittivo e prescrittivo forte dell'espressione, così da ricomprendere saldamente la costituzione economica nell'ambito della costituzione politica, non perdendo di vista le interconnessioni fondamentali all'interno della costituzione materiale, la quale regge la costituzione formale nella sua *totalità e globalità*.

Conseguentemente, da un punto di vista teorico-generale, di *costituzione economica* si può parlare in stretta connessione con i *fini di politica economica costituzionale* (o, se si vuole, dei fini costituzionali di politica economica): il pregio euristico della tesi qui avanzata risiederebbe, quindi, proprio nell'ancorare l'economia al *fine politico* della costituzione materiale (nella sua declinazione di *fine politico-economico*), con le conseguenze normative che ne discendono anche in rapporto alla costituzione formale, in primo luogo sul piano dell'interpretazione costituzionale.

L'inquadramento della costituzione economica nell'ambito della costituzione materiale sarebbe, perciò, giovevole ai fini dell'interpretazione delle stesse disposizioni della costituzione formale in ambito economico, così da intendere queste alla luce del *fine politico* (e del *fine politico-economico* che ne è declinazione) della costituzione materiale. In tal modo, lungi dal determinare una autonomizzazione della sfera dell'economico, il ricorso ermeneutico alla categoria della costituzione economica come parte (non separabile) della costituzione materiale consentirebbe di non perdere la necessaria ed essenziale unità e globalità della costituzione.

L'opzione teorica qui patrocinata aiuterebbe, poi, come si ricordava, anche ad inquadrare le trasformazioni della costituzione economica nell'ambito di un mutamento complessivo della costituzione materiale; non potendosi scindere economia e politica, e non potendosi isolare dal punto di vista teorico una nozione di costituzione economica nell'accezione dell'autonomia dell'economico, le trasformazioni ordinamentali vissute dall'Italia potranno essere configurate entro i termini di un *mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata*, categoria utile per inquadrare la trasformazione degli Stati costituzionali democratico-sociali verso lo *Stato neoliberale aperto*, che vede progressivamente svuotare dall'interno e, soprattutto, dall'esterno – in virtù della globalizzazione giuridico-economica e del processo di integrazione europea, i cui principi

giuridici fondamentali in materia economica, concretizzazione (e positivizzazione) degli interessi di *forze dominanti* diverse da quelle che si sono “incontrate” sul piano nazionale, ovvero di forme di egemonia *altre*, impattano sulla costituzione materiale nazionale – i contenuti politico-economici delle costituzioni materiali degli Stati democratico-sociali. Ecco, allora, emergere il nesso tra teoria della costituzione economica, teoria della costituzione in senso materiale e teoria dell’egemonia, che dovremo cercare di chiarificare. Innanzitutto, va preliminarmente ricordato che, dopo un lungo periodo in cui la dottrina della costituzione materiale del Mortati⁷² sembrava essere caduta in oblio – come confermava il lungo applauso tributato, in occasione del convegno annuale dei

⁷² Sul tema. L. Paladin, *Diritto costituzionale*, quarta ed. aggiornata da L. Mazzaroli e D. Girotto, Giappichelli, Torino, 2018, p. 19 ss., ricorda gli antecedenti storici della teoria mortatiana, dalle lezioni di Pellegrino Rossi alla Sorbona negli anni Trenta dell’Ottocento, sul diritto costituzionale come complesso delle premesse di ogni componente degli altri insegnamenti giuridici (“in quanto riferito alle proposizioni fondamentali delle più rilevanti leggi dello Stato”) sino – risalendo più indietro nel tempo – alle elaborazioni di Mario Pagano (nel cui progetto di Costituzione partenopea si intendeva esattamente lo scopo della Costituzione come il “porre le mura maestre dell’ordinamento statale”) e di Giuseppe Compagnoni (che, nei suoi “Elementi di diritto costituzionale” editi a Venezia nel 1797, configurava la costituzione come quel “certo e stabile modo con cui un popolo esiste e si regge”). L’A., però, ammonisce che “l’incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal rispettivo testo, puntando sull’interpretazione sistematica e sul bilanciamento dei principi che la informano, non dev’essere confusa con l’idea di una costituzione materiale scissa da quella testuale”. Sulle difficoltà di definizione della nozione di costituzione materiale, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. 1, Cedam, Padova, 1970, p. 92, il quale ricorda, infatti, che in questo campo “si ricorre con maggiore frequenza e successo alle metafore, come quelle (particolarmente felici, per l’intuizione del fenomeno) del Romano, che, configurando l’ordinamento statale come un albero, ne ravvisa nella costituzione il tronco, da cui si ripartono ma cui si riattaccano, restandone ‘generati e sostenuti’, i diversi rami”. L’A., poi, riconnette la costituzione materiale alla teoria della “super-costituzione” (p. 100 ss.), quale “nucleo originario, irreducibile e assolutamente condizionante dell’intero ordinamento statale, tale perciò da potersi addirittura designare come ‘costituzione materiale’ in senso stretto e per antonomasia”.

Invita alla prudenza, e segnatamente ad un’interpretazione restrittiva e, per ammissione dell’A., “estrema”, della costituzione materiale, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 18-19, sicché “non ogni modifica del sistema politico e sociale costituisce cambiamento della costituzione materiale con conseguente svuotamento della costituzione formale. Altrimenti le costituzioni, perdipiù rigide, sarebbero uno strumento inutile a fronte di tensioni e cambiamenti sociali che sono inevitabili – ed anche auspicabili – in un orizzonte temporale di lungo termine. La rottura della costituzione materiale indica invece una frattura così importante del modello sociale ed organizzativo, che la costituzione formale non è più in grado di contenere”. Ammonimenti giungono anche da A. Barbera e C. Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Quinta edizione, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 34-35, secondo i quali “la teoria della costituzione materiale può però essere travisata, com’è accaduto spesso, per contrapporre a quella in senso formale (cioè il documento), considerata come una ‘costituzione di carta’, una presunta costituzione effettivamente vigente, con l’effetto di svalutare la prima. Da strumento per capire il fondamento dell’ordinamento costituzionale, la costituzione in senso materiale è stata usata, distorcendola, come giustificazione per l’allontanamento dal testo costituzionale o per interpretazioni politicamente orientate dello stesso”.

Sulla formazione del Mortati, v. F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 187 ss.

Sui precedenti nella dottrina tedesca, v. F. Riccobono, *Appunti per una storia di “costituzione in senso materiale”*, in A. Catelani e S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 159 ss.; da ultimo, cfr. G. Bisogni, *La costituzione materiale a Weimar: Hermann Heller, Rudolf Smend, Carl Schmitt*, in *Filosofia politica*, n. 1/2023, p. 33 ss.

costituzionalisti italiani del 1994, ad una relazione che invitava ad abbandonare siffatta teoria⁷³ – si è assistito ad un recupero degli studi mortatiani, anche a livello internazionale⁷⁴.

Sicché, sembrerebbe essere stato, almeno da taluni, ricompreso quel grande merito della teoria mortatiana, consistente nel “tentativo di legare la normatività della costituzione all’effettività della volontà politica ed alla idoneità (idoneità non teorizzata o postulata, ma pretesa e vissuta) di questa a porsi come principio vitale e fonte di ordine effettivo, e sempre rinnovantesi, nella vita della comunità”⁷⁵.

Mortati, quindi, fu un realista, sempre rivolto all’esperienza giuridica (e politica) concreta, entro una prospettiva che guardava al *Sein* e al *Sollen* costituzionale non come a due poli paralleli e incomunicabili, ma, al contrario, in quanto destinati alla convergenza⁷⁶. In quest’ottica, viene così rivendicata la centralità della costituzione rispetto allo Stato: se nel costituzionalismo (liberale e positivistico-statualistico) era lo Stato “la forza costitutiva della costituzione e della politica”, la visione di Mortati, al contrario, considera la politica – motore e sostrato della costituzione materiale – “la forza determinativa della costituzione”, e – secondo un rapporto derivativo-conseguenziale – anche “dello Stato”⁷⁷. Dal punto di vista metodologico, non a caso, per Mortati non potevano che essere considerate parti di una medesima ricerca “sia l’indagine sul modo di essere di un ordine statale sia quella relativa al fondamento della sua obbligatorietà”⁷⁸.

Pertanto, “la politicizzazione del diritto costituzionale si accompagna alla consapevolezza del necessario arricchimento del contenuto materiale della costituzione. Il ‘fine politico’ che, della costituzione materiale, rappresenta lo spirito animatore e, delle forze dominanti,

⁷³ Ricorda questo episodio G. Zagrebelsky, *Premessa a C. Mortati, La costituzione in senso materiale*, ristampa anastatica, Giuffrè, Milano, 1998, p. VII.

⁷⁴ Cfr., per es., M. Goldoni e M. A. Wilkinson, *The Material Constitution*, in *The Modern Law Review*, 4/2018, trad. it. in *Rivista di diritti comparati*, 1/2020; M. Goldoni, *The Materiality of the Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

⁷⁵ Così, ormai più di cinquant’anni fa, ammoniva sul rischio di sottovalutazione dei meriti mortatiani, M. Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p. 1710 ss.

⁷⁶ In tal senso, Mortati “rappresenta il punto di convergenza originale tra la scuola realistica e la tradizione della scuola giuspubblicistica nazionale (di derivazione orlandiana e romaniana)” (così F. Lanchester, *Mortati nella dottrina costituzionalistica italiana*, in A. Catelani e S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, cit., p. 135).

La tesi è ripresa anche, da ultimo, da M. Gregorio, *La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati*, in *Filosofia politica*, n. 1/2023, in particolare p. 77 ss. (l’A. riconosce in Mortati un riuscito tentativo di “sintesi”, aperto anche alle teorie schmittiane ma disinnescandone gli esiti più pericolosi).

⁷⁷ Per queste indicazioni, v. G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXVII.

⁷⁸ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 9.

la ragione sociale, non è limitato a questo o quell'ambito. Ogni questione, ogni aspetto della vita collettiva può costituzionalizzarsi, quando diventi terreno di lotta politica per il predominio⁷⁹.

Orbene, non potrebbe forse questo *fine politico*, anelito della costituzione materiale, se è vero che non è limitabile *a priori* entro questo o quell'ambito, essere esteso anche all'economia?

Anzi, proprio quando l'economia diventa storicamente un terreno (forse *il* terreno per eccellenza, nel Novecento) del conflitto politico, allorché diviene chiaro, nell'epoca del capitalismo industriale e della società di massa, che il costituzionalismo non può essere soltanto fondazione e limitazione del potere (politico) legittimo, ma anche insieme degli strumenti di garanzia verso i poteri (economici) privati, allora i fini politici fondamentali non possono non includere anche la regolazione o la direzione del processo economico.

In questo senso, allora, la costituzione economica è inquadrabile nella costituzione materiale mortatiana, sul presupposto che il *fine politico* su cui è fondata la costituzione materiale, che sorregge la costituzione formale, è idoneo ad includere anche un *fine economico* (*rectius* un fine politico-economico fondamentale), nella misura in cui ogni aspetto della vita sociale è politicizzabile, se diventa terreno di lotta, e, conseguentemente, costituzionalizzabile⁸⁰.

Ed è chiaro, allora, che, solo pensando in questo modo la costituzione economica, essa non tradisce il tentativo di rendere la sfera economica autonoma da quella politico-statuale, restaurando un'anacronistica separazione Stato/società di marca liberale ottocentesca, ma, semmai, diviene espressione proprio dell'*inestricabile nodo gordiano tra politica ed economia* nell'era della società di massa. Sicché, la costituzione materiale – e la costituzione economica che ne è parte –, con la sua carica di politicità potenzialmente sconfinata, rappresenta lo strumento teorico indispensabile per comprendere le dinamiche del costituzionalismo nello Stato delle masse⁸¹.

⁷⁹ G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXVIII.

⁸⁰ Non sfugge, in effetti, che il grande merito della teoria mortatiana – evidente nel cap. III della sua opera del '40 – è quello di analizzare non soltanto la costituzione materiale come concetto teorico, ma di utilizzarla come un *criterio ermeneutico*, “ponendosi cioè, oltre al problema della definizione del concetto, il problema – decisamente più pregnante di quale fosse la sua funzione”, immaginando “un’idea di costituzione capace di vincolare a tutti i livelli l’azione dell’apparato statale, di strutturare i rapporti tra i privati, nonché di indirizzare le interpretazioni dei giuristi” (M. Gregorio, *La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati*, cit., pp. 86-87).

⁸¹ Scrive, d'altronde, M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 160, che il ragionamento

Per Mortati, uno Stato concreto non può, allora, “pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata secondo un’idea politica”⁸², alla cui base, vi è la “differenziazione fondamentale tra dominanti e dominati”, categoria molto vicina a quella gramsciana di egemonia⁸³, in quanto allorché “tale differenziazione, costruita tanto su forza materiale quanto su forza ideologica, si rende stabile e vincolante [...], allora si determina un ordine costituzionale, al quale si addice il nome di costituzione in senso materiale”⁸⁴.

La forza politica, in altre parole, è la condizione fondamentale “per il sorgere dello Stato, risultante dal prodursi, nel seno della comunità, di una specificazione nella posizione dei consociati in base alla quale alcuni riescono ad esercitare un potere sugli altri in modo da ottenere obbedienza”⁸⁵: la *forza*, allora, non può non essere intesa in una duplice accezione formale e sostanziale, e cioè qualificata sia in virtù del suo materiale esercizio (costante) e della capacità di ottenere non accidentalmente l’obbedienza dei consociati sia in virtù del suo contenuto, ossia della tipologia e della natura dell’ordine che intende promuovere e realizzare nella comunità sociale, così da raggiungere una tendenziale unità degli interessi (vari e disparati) dei consociati. Accanto, dunque, all’elemento strumentale convive l’elemento materiale, rappresentato “dall’idea, cioè da uno scopo unificatore dei vari interessi che si aggregano intorno allo stato”⁸⁶.

di Mortati presuppone il superamento della separazione liberale Stato-società, riconoscendo alla base della Costituzione un processo di selezione tra gruppi antagonisti portatori di interessi diversi.

⁸² C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 64.

⁸³ Per un’interpretazione gramsciana della costituzione materiale mortatiana, v. G. Preterossi, *Egemonia e costituzione materiale*, in *Almanacco di Filosofia e Politica*, n. 3/2021, pp. 101-118. Per un significativo confronto “a tre” (Schmitt, Mortati, Gramsci), v. Id., *Teologia politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 159. Cfr. anche Id., *Che cosa resta della costituzione materiale*, in *Filosofia politica*, n. 1/2023, p. 89 ss., che – muovendo dal rapporto tra costituzione materiale ed egemonia – considera tre possibili significati/usi attuali della costituzione materiale: “euristico (come registrazione dei mutamenti delle forze reali); diagnostico (degli effetti destituenti del neoliberismo); polemico, come contrapposizione al traviamiento neoliberale del costituzionalismo moderno” (ivi, p. 106).

⁸⁴ G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXIX.

⁸⁵ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 62.

⁸⁶ Così T. Martines, *Diritto costituzionale*, Quindicesima edizione interamente riveduta da G. Silvestri, Giuffrè, Milano, 2020, p. 19: conseguentemente, scrive l’A., “funzione della costituzione materiale è quella di identificare quelle norme nelle quali sono sanciti i principi fondamentali di un determinato ordinamento, principi di natura tale che, se vengono sovvertiti, lo stesso ordinamento cessa di esistere”.

Sono queste forze politiche dominanti – ora il “partito”⁸⁷, ora i “partiti”⁸⁸, ora la “classe governante”⁸⁹ – le reggitrici della costituzione materiale, nella misura in cui hanno vinto la lotta per il predominio politico – la lotta per l’egemonia, appunto –, aggiungendo alla forza materiale e politica – che, volendo utilizzare un’interpretazione in senso gramsciano, promana dalla forza economica – quel plusvalore politico idoneo ad intercettare il consenso dei consociati e, quindi, la legittimazione del potere così raggiunto.

Non si può non cogliere, sotto questo profilo, un punto di contatto con alcune dense pagine della *Staatslehre* helleriana: anche Heller, infatti, mostra un’attenzione peculiare ai presupposti materiali dell’ordine giuridico, condividendo le suggestioni di Jellinek sulla normatività del fattuale, e sostenendo l’interconnessione fondamentale tra potere, consenso e legittimazione. Nessuna organizzazione di dominio che intenda “assicurare il suo potere e il suo ordinamento può fare affidamento semplicemente sul suo apparato coercitivo”, ma deve sempre “tendere alla legittimazione, ossia tendere a porre i dominati in una comunità di valore e volontà che giustifichi la sua rivendicazione del potere; essa deve dunque tentare di legittimare la sua pretesa di dominio tramite contenuti ideali” – quelli che Mortati definirebbe i fini politici fondamentali o le idee-forza – “ponendola come obbligo normativo ai dominati affinché la riconoscano interiormente”⁹⁰. L’esistenza del potere,

⁸⁷ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 71 ss.: il “partito” è inteso come “centro di attrazione per l’acquisto di nuovi aderenti e per la conquista del potere dello Stato” ed “elemento attivo dell’istituzione originaria”.

⁸⁸ C. Mortati, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945, *passim*.

⁸⁹ C. Mortati, (voce) *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, in particolare pp. 162-163: la nozione di classe governante, qui impiegata, secondo un abbozzo di sociologia politica, è articolata nella *classe politica* e nella *classe dirigente*, anche economica, culturale e religiosa. Sul punto, v. anche L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 21.

⁹⁰ H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 140-141. Scrive, ancora, il giurista tedesco: “il potere viene fondato, notoriamente, solo tramite comandi osservati, e l’osservanza vive sempre ed in tutte le forme di potere, fondamentalmente, della convinzione nella legittimità del comando”; “lo Stato è legittimato nella misura in cui rappresenta l’organizzazione necessaria a garantire il diritto ad un determinato grado di sviluppo. Con diritto intendiamo qui innanzitutto i principi giuridici etici che fondano le norme giuridiche positive. A tutti questi principi giuridici, la cui validità ideale deve venire presupposta, è immanente l’esigenza di validità sociale”.

Sul rapporto tra Mortati ed Heller, v. le considerazioni di A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, cit., pp. 150-151, il quale sottolinea la comune riappropriazione, da parte della teoria costituzionale, del tema dell’ordine sociale ed economico, “in varia guisa rimosso dalle dottrine costituzionali del XIX secolo”: “le pagine [...] di Hermann Heller sull’illusione formalistica di un diritto separato dal ‘senso sociale’ della sua obbligatorietà e l’invito a leggere nella costituzione il luogo della razionale pianificazione dei fini della cooperazione sociale, riecheggiano molto da vicino la convinzione mortatiana che nell’età postindividualistica e postliberale la costituzione è destinata a rappresentare l’ultima grande speranza di ordine collettivo. Anzi, progetto e programma economico-sociale capace di dettare indirizzi vincolanti l’esercizio di tutti i poteri discrezionali, ad iniziare da quello del legislatore per giungere poi alle stesse sfere di autonomia dei privati”. Riconosce l’A., inoltre, che “le suggestioni di Mortati ed Heller [...] non sono state, tuttavia, esplorate ed indagate in tutte le loro potenzialità. Lo stesso giurista italiano, che pure

perciò, non può andare disgiunta dalla convinzione dei consociati sulla sua legittimità, che passa attraverso la formalizzazione di principi giuridici – tali da trascendere, perciò, sia lo Stato che il diritto⁹¹ – ad opera del potere costituente: ogni gruppo dominante, allora, “ha bisogno, col passare del tempo, di convincersi che i suoi principi giuridici e, tramite essi, le sue norme giuridiche possiedono una forza obbligatoria generale, che vincola anche i dominati”⁹²; e, dall’altra parte, i dominati, per poter obbedire al potere, richiedono che esso sia legittimato da un contenuto ideale che trova positivizzazione giuridica grazie all’azione del potere costituente.

E non è, allora, un caso se anche Heller valorizzi un concetto, non solo sociologico, ma anche squisitamente giuridico di costituzione materiale, sia in senso ampio – come condizione dell’unità politica e dell’unità dell’ordinamento giuridicamente valida e fondata – sia in senso stretto – in virtù di un contenuto parziale essenziale e qualificante come ordinamento fondamentale (e giammai come *Grundnorm* logica o epistemologica, ipotetico-formale, *a la* Kelsen)⁹³.

Tornando a Mortati, allora, le *forze dominanti* sono in grado di tradurre la forza conseguita nella lotta politica nel consenso come strumento di legittimazione, in virtù di quella che, a tutti gli effetti, è un’egemonia – e non meramente un potere fondato sulla forza bruta –, in grado di esprimersi attraverso quei *fini politici fondamentali* che alimentano la costituzione materiale e che finiscono col tradursi in una tavola di principi nella costituzione formale. In questo modo, allora, allorché le forze dominanti “si raccolgono attorno a un fine supremo, riuscendo a imporlo nella realtà come elemento costitutivo della società” – e che diviene, perciò, al contempo fonte di legittimazione – “l’ordine materiale e ideale che ne deriva si obiettivizza e diviene un limite e un vincolo per le stesse forze governanti”⁹⁴.

Il fine politico fondamentale della costituzione materiale – che diviene il fine politico dello Stato, “fonte prima”⁹⁵ del suo diritto e fondamento della stessa *forma di Stato* – è, così,

abbraccerà con convinzione nell’ultima fase della sua opera la tesi di una costituzionalizzazione dei principi dello stato sociale, non perverrà ad una compiuta declinazione del rapporto tra costituzione ed ordine economico”.

⁹¹ Anche in altro luogo della sua opera, Heller parla, infatti, di un “criterio giuridico che deve venire pensato al di sopra dello Stato e del suo diritto positivo” (H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 337).

⁹² Ivi, p. 297.

⁹³ Ivi, pp. 421-423.

⁹⁴ Così G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXXIII.

⁹⁵ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 110.

anche una regola di condotta per la sua attuazione da parte delle istituzioni costituzionali e da parte delle stesse forze dominanti⁹⁶.

Ed è significativo, sul punto, che Mortati ricorra ad un esempio proprio sul terreno dei rapporti economici – ad ulteriore conferma del nostro tentativo di inquadrare la costituzione economica entro la costituzione materiale –: “per es., l’esigenza generica dell’ordine sociale nel campo dei rapporti economici può, in un dato momento storico, concretarsi nel senso di ritenere necessaria la sua realizzazione attraverso il libero dispiegamento dei contrastanti interessi, con il solo limite costituito dal mantenimento della sicurezza pubblica; in un altro momento dirigersi allo scopo dell’attuazione della collaborazione tra le classi, e questa a sua volta può essere intesa come attuantesi in condizioni di parità o di disuguaglianza, diretta dal di fuori o ottenuta spontaneamente dal di dentro; in un altro momento ancora nel predominio, o addirittura nell’esclusività di una sola classe”⁹⁷.

Proprio la lente gramsciana dell’egemonia, allora, è di utilità nel comprendere la lontananza mortatiana da ogni forma di determinismo, come testimonia significativamente, d’altronde, anche la circostanza che l’autore cita il socialista Lassalle – il primo ad aver indagato la teoria della costituzione in una prospettiva *materiale* – una sola volta, in nota, peraltro a proposito di quei lavori che analizzano la costituzione politica in opposizione a quella giuridica senza indagarne i nessi.

L’egemonia, infatti, pur essendo una categoria di frequente impiego nel marxismo ortodosso, da Engels alla *Questione agraria* di Karl Kautsky, da Plechanov a Lenin a Bogdanov – pur avendo, a monte, una lunga storia⁹⁸, nella storiografia e nella teoria delle relazioni internazionali (Droysen⁹⁹, von Ranke¹⁰⁰) e nel diritto internazionale pubblico (Triepel¹⁰¹) – , trova nel pensiero gramsciano una significativa radice, scevra da rozzi determinismi: pur essendo innegabile l’aggancio di Gramsci alla metodologia marxiana sul rapporto struttura-sovrastuttura, nondimeno l’impiego della categoria di egemonia evita, per l’appunto, le strettoie degli automatismi deterministici, valorizzando la politica e la dimensione della società civile (in particolare, quella culturale) come terreno di lotta.

⁹⁶ Ivi, p. 93 ss.

⁹⁷ Ivi, pp. 95-96. L’esempio è riportato dall’A. per chiarire la distinzione tra interessi primari e interessi secondari, questi ultimi necessari per il soddisfacimento dei primi.

⁹⁸ Per una raffinata *Begriffsgeschichte* dell’egemonia, cfr. G. Cospito, *Egemonia. Da Omero ai Gender Studies*, Il Mulino, Bologna, 2021.

⁹⁹ J. G. Droysen, *Geschichte Alexanders der Grossen*, Friedrich Perthes, Amburgo, 1833.

¹⁰⁰ L. von Ranke, *Die grossen Mächte*, in *Historisch-politische Zeitschrift*, n. 2/1833, in particolare p. 23 ss.

¹⁰¹ H. Triepel, *L’egemonia*, trad. it., Sansoni, Firenze, 1949.

Come si evince, in particolare, in un passo del quarto quaderno¹⁰², l'egemonia si muove dalla fase "economico-primitiva" a quella "economico-politica" sino a quella "politica" in senso stretto, con il passaggio "dalla pura struttura alle superstrutture complesse", allorché il gruppo, inizialmente subalterno, è in grado di elevarsi "alla fase di egemonia politica politico-intellettuale nella società civile e divenire dominante nella società politica", sicché lo Stato altro non è che la combinazione della società civile e della società politica, cioè, quindi, l'"egemonia corazzata di coercizione".

Appare chiaro, così, tornando di nuovo a Mortati, che la teoria costituzionale mortatiana, con la sua insistenza sulla politicità, non è distante neppure da quella schmittiana, ma con una complessità¹⁰³ – grazie all'influsso delle prospettive integrazionistiche smendiane¹⁰⁴ e istituzionalistiche-pluralistiche romane, che ne consente uno sguardo attento all'*organizzazione sociale* – tale da poter essere ragionevolmente e validamente impiegabile anche nei contesti politici democratico-pluralisti¹⁰⁵.

Ed è una dottrina, questa, non limitata al profilo filosofico-giuridico, ma con una diretta incidenza sul terreno giuridico-positivo, sia perché la costituzione materiale si pone come garanzia di validità della costituzione formale, sia perché determina la forma di Stato e, conseguentemente, fonda i limiti materiali al potere di revisione costituzionale¹⁰⁶, sia,

¹⁰² A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino, quaderno n. 4/1975, par. 38, p. 455 ss.

¹⁰³ È Mortati stesso a rivendicare la maggiore complessità e completezza della propria prospettiva analitica rispetto al decisionismo schmittiano: scrive l'A, infatti, che "lo Schmitt ha riguardo, prevalentemente almeno, ad una concreta e particolare decisione, che ha per portatore non il popolo, ma determinate forze, variabili nel tempo, delle quali però non ricerca la composizione e la funzione" (così C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 44). V., *amplius*, Id., *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 1/1973, pp. 511-532.

¹⁰⁴ Sul punto, è lo stesso Mortati ad individuare il suo debito nei confronti dell'*Integrationslehre* smendiana, al contempo marcando la propria differenza rispetto alla teoria di Smend e avanzando un'acuta critica nei suoi confronti: in Smend, infatti, "i supremi valori politici positivizzati in costituzione non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore, non sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad un incessante mutamento": così C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 39-40.

¹⁰⁵ Su cui, cfr. G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 32 ss.; G. Zagrebelsky, *Premessa*, cit., p. XXX.

¹⁰⁶ Sul punto, v. anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. 1, cit., pp. 100-102 che, impostando il problema della "super-costituzione" come "costituzione materiale in senso stretto e per antonomasia", ritiene che nulla impedisca "che certe parti della costituzione siano, dalla costituzione stessa, dichiarate immodificabili" (come l'art. 139 della Costituzione italiana). Il problema viene anche impostato in termini generali, cioè nella prospettiva dell'esistenza di limiti logicamente necessari – secondo una coerente teoria generale – alla revisione costituzionale, come il "limite logico assoluto" e "di ragione" individuato dal Ross nelle stesse norme sul procedimento di revisione costituzionale e le norme "di regime", attinenti "a quel che si ritiene caratterizzi sostanzialmente l'ordinamento statale nella sua più intima e vera essenza politica, nelle sue strutture fondamentali e determinanti", come la forma di Stato o la "decisione totale e unitaria sulla specie e la forma di governo dello Stato" per Schmitt o, appunto, il "fine politico fondamentale" del Mortati, "sostenuto ed attuato dalle forze sociali dominanti".

infine, in quanto garantisce l'unità dell'ordine giuridico, affinché esso risulti espressivo di uno stesso pensiero, riunendo le varie fonti di produzione del diritto così che esse siano “parti di un unico sistema”¹⁰⁷. È il fine politico della costituzione materiale, allora, a svolgere una funzione essenziale nell'interpretazione delle leggi, nell'uso dei mezzi di integrazione, nel completamento delle lacune ordinamentali, nell'uso del potere discrezionale, nell'attuazione delle consuetudini.

Diviene evidente, allora, quanto rimanga preziosa la lezione di Mortati, grazie alla quale ripensare anche la stessa categoria di costituzione economica, distante sia da un rigido positivismo giuridico che si fermi al mero dato della norma *posita*, sia da un sociologismo politico che, per quanto di sicuro interesse nel comprendere il sostrato delle norme, tuttavia non fornisce alcun ausilio al giurista nell'ermeneutica costituzionale, sia, ancora, da uno sterile determinismo economicistico, comune a liberisti e marxisti, che finisce, col subordinare la dimensione della politica alla sfera di una (presunta) oggettività economica.

3. La centralità del lavoro nella Costituzione italiana e l'obiettivo costituzionale della piena occupazione come principio-guida della costituzione economica.

Muovendo dalla teoria mortatiana della costituzione materiale e applicandola alla Costituzione repubblicana, è possibile operare un'interpretazione delle norme costituzionali orientata attorno al *fine politico fondamentale* promanante della costituzione materiale, identificato dal giurista calabrese nel *lavoro*.

La Costituzione italiana, quindi, si connota per il riconoscimento del primato assiologico del lavoro sul capitale¹⁰⁸, evidente sin dall'art. 1 e dalla scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro: un'opzione, questa, non meramente retorica, ma dall'altissimo contenuto normativo, nella misura in cui richiede lo sviluppo coerente

¹⁰⁷ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 130. Proprio questa tesi mortatiana potrà essere impiegata, nel quadro di una coerente teoria della costituzione materiale, per sottoporre a critica la rigida separazione, alla luce del diritto euro-unitario, tra politica economica e politica monetaria, caratterizzate da fini istituzionalmente diversi e non dialoganti, il che pone, dal punto di vista del “fine politico fondamentale” della costituzione materiale assunto nella costituzione formale italiana – quello della tutela del lavoro e della piena occupazione (arg. ex artt. 1 e 4 Cost.) – un problema di compatibilità delle politiche monetarie (gestite da una Banca Centrale completamente indipendente) unicamente protese alla stabilità dei prezzi all'ordinamento costituzionale italiano.

¹⁰⁸ Cfr., sul punto, M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione Europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 18.

dell'ordinamento attorno al lavoro quale idea-forza che, promanando dalla costituzione materiale – mortatianamente intesa – viene ad essere assorbita nella costituzione formale. Proprio l'inquadramento della costituzione economica nell'ambito della costituzione materiale impone una chiara disamina del principio lavorista, non potendosi affrontare l'analisi della costituzione economica prescindendo dall'impatto esercitato dal *fine politico fondamentale* rappresentato dal lavoro, cui si connette, nella declinazione dal lato economico della costituzione materiale, quello che abbiamo definito il *fine politico-economico fondamentale*, cioè l'*obiettivo costituzionale della piena occupazione*.

Ma non soltanto queste ragioni di ordine teorico, riconducibili alla nostra opzione verso la teoria della costituzione in senso materiale, impongono una necessaria chiarificazione del ruolo assunto dal principio lavorista nell'ordinamento giuridico italiano, ma, a ben vedere, anche motivi di ordine dommatico, sia ove se ne consideri la natura e la portata di principio fondamentale – come tale richiedendosi la coerenza sistematica dell'ordinamento attorno ai principi-guida che ne esprimono la stessa legittimazione – sia ove si constati la stessa articolazione del Titolo III della Parte I della Carta, dedicato ai rapporti economici, che si apre, non certo casualmente, proprio con le disposizioni dedicate alla tutela del lavoro e dei lavoratori.

Sotto il primo profilo, la natura di principio fondamentale del diritto al lavoro si rafforza anche nel rapporto con gli altri principi fondamentali: con il principio personalista, in primo luogo, essendo il diritto al lavoro un «fondamentale diritto di libertà della persona umana» (Corte cost., sent. n. 45/1965) attraverso il quale si realizza «lo sviluppo della sua personalità» (Corte cost., sent. n. 163/1983), sicché il lavoro non è giammai fine a sé stesso né rappresenta un mero strumento per poter conseguire i mezzi di sussistenza, ma rappresenta un “tramite necessario per l'affermazione della persona”¹⁰⁹; con il principio di solidarietà, in considerazione della contestuale natura del lavoro quale dovere civico (ex art. 4, co. 2, Cost.) – al punto che Mortati, sia in Assemblea Costituente¹¹⁰ sia in sede

¹⁰⁹ Così C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975, nona edizione, pp. 156-157.

¹¹⁰ C. Pinelli, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, ora in Id., *Lavoro e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, in particolare p. 10 ss., ricostruisce, in proposito, il dibattito in Assemblea Costituente in ordine al rapporto tra dovere di lavorare (art. 4, secondo comma) ed esercizio del voto. Mortati e Tosato, sul punto, avevano sostenuto l'espressa positivizzazione di una limitazione all'esercizio del diritto di voto per gli oziosi volontari, tesi subito contestata da Bozzi, per il quale una simile limitazione avrebbe richiesto un complesso sistema di accertamenti che si sarebbe facilmente prestato ad abusi, oltre che – da due prospettive opposte – da Amendola, il quale riteneva che i *rentiers* potessero esercitare altre leve di comando, come la finanza e il giornalismo, e da Einaudi, il quale metteva in guardia da simili proposte a causa della difficoltà che, a monte, si avrebbe nel distinguere il lavoro produttivo da quello improduttivo. La proposta di Mortati e Tosato venne poi rilanciata anche da Lelio Basso, suscitando le riserve di Aldo Moro, il quale

scientifica¹¹¹, si era spinto a sostenere la limitazione del diritto di voto per gli oziosi volontari –; e con il principio di eguaglianza, rappresentando il lavoro il fondamento della pari dignità sociale¹¹² e lo strumento prediletto per la rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale che ha di mira l’art. 3, co. 2.

Sotto il secondo profilo, poi, l’articolo 35, in particolare, quale norma di apertura del Titolo III, nell’affermare al primo comma che «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni», lungi dall’“essere ultroneo alla luce dei richiami al lavoro già presenti”¹¹³ nei principi fondamentali, mira – come ebbe a dire l’on. Ghidini in Assemblea Costituente – a rafforzarne “quel posto di sicura preminenza che gli compete nell’assetto sociale”, così svolgendo senz’altro “una funzione di criterio generale di ispirazione e di guida nell’interpretazione di tutte le successive disposizioni contenute nel Titolo III”¹¹⁴. In questo senso, allora, si può sostenere con assoluta sicurezza che la costituzione economica è innanzitutto una *costituzione del lavoro e per il lavoro*.

Opportunamente, dunque, Giuseppe Federico Mancini, nel suo fortunato commento all’art. 4 della Costituzione, poteva stigmatizzare l’assenza – nel momento in cui scriveva – di trattazioni monografiche sul tema del diritto al lavoro sin dalla metà degli anni Cinquanta e, soprattutto, per quanto più direttamente ci interessa, l’estrema sottovalutazione del tema del lavoro (ed in particolare dell’art. 4 Cost.) nei principali studi dedicati alla costituzione economica, ricordando (e contestando) che – a titolo esemplificativo – Spagnuolo Vigorita, nel suo volume del 1959, dedicava complessivamente appena 7 pagine al tema del lavoro, mentre Predieri, nel suo lavoro ponderoso su *Pianificazione e Costituzione*, pur

opportunamente sottolineava “il pericolo che la disposizione” potesse essere usata “come un’arma per escludere dal voto cittadini che si presume o si vuol presumere non esercitino un’attività produttiva mentre in realtà la esercitano”. Si addivenne, così, ad una soluzione di compromesso, in base alla quale si impiegava – non nella norma sul diritto di voto, ma in quella sul diritto al lavoro – la formula “l’adempimento di questo dovere al lavoro è presupposto per l’esercizio dei diritti politici”: durante la discussione in Assemblea Costituente, tuttavia, questa formula cadde sotto le critiche di Cortese (che la riteneva antidemocratica), di Foa e dei democristiani Zotta, Gabrieli e Benvenuti.

¹¹¹ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, 1954, ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, in particolare p. 237 ss.

¹¹² Al punto che, come ricorda G. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 144, “nella Repubblica nessun altro elemento, diverso dal lavoro, può essere titolo di merito o differenziare i cittadini tra loro: né la discendenza, tant’è che i ‘i titoli nobiliari non sono riconosciuti’ (XIV disp. trans. fin.) [...], né la proprietà dei beni”.

¹¹³ Così C. Tripodina, *Art. 35*, in R. Bin e S. Bartole (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, aggiornamento, Cedam, Padova, 2008, p. 346.

¹¹⁴ *Ibidem*.

coerentemente sviluppato attorno al fine costituzionale di cui all'art. 3, co. 2, vi accennava addirittura in 7 brevi riferimenti¹¹⁵.

Proprio dall'art. 4 discende un *vincolo di scopo* per il legislatore, chiamato ad individuare normativamente, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità – in mancanza di indicazioni specifiche del testo costituzionale – le modalità più opportune per il conseguimento del fine costituzionale, tra cui, indubbiamente, la politica di programmazione economica che la stessa Costituzione, all'art. 41, co. 3, prevede come diretta ad indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica pubblica e privata.

Emerge, così, contestualmente, anche lo stretto legame – che taluni Padri Costituenti intendevano esplicitare, nella prospettiva della pianificazione democratica dell'economia (si pensi agli emendamenti di Foa e di Montagnana, Pajetta e Pesenti) – che intercorre tra la clausola generale dei «fini sociali» (art. 41, co. 3) e l'obiettivo costituzionale della piena occupazione (art. 4), interpretati sistematicamente e in connessione con il principio di eguaglianza sostanziale scolpito nell'art. 3, co. 2.

In tal senso, si può affermare che, proprio a partire dall'art. 4 Cost. – nel suo collegamento sistematico con l'art. 3, co. 2, con gli artt. 35 ss. e con la clausola generale dei «fini sociali» ex art. 41, co. 3 –, trova riscontro l'idea di un *ordine obiettivo* dei rapporti economici ispirato ad un principio-guida, rappresentato dall'obiettivo costituzionale della piena occupazione, che si pone come declinazione specifica del *fine politico fondamentale* della costituzione materiale (il lavoro come *idea-forza*).

La valorizzazione del rapporto tra queste norme, d'altronde, non può non tener conto del fatto che, entro il quadro della costituzione materiale presupposta dalla costituzione formale, il riconoscimento del diritto al lavoro implica, a monte, la convinzione – e la stessa constatazione empirica e storica – che “l'equilibrio nel mercato del lavoro non si possa attendere dallo spontaneo giuoco dei fattori che operano a determinarlo, perché questi possono in determinate circostanze porsi essi stessi come causa di disoccupazione”¹¹⁶: di

¹¹⁵ G. F. Mancini, *Art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, vol. 1, p. 200.

¹¹⁶ C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, 1953, ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, cit., p. 152. Da questa affermazione discendeva, per Mortati, l'esigenza di un programma statale, in un'economia semplicemente *diretta* e non pianificata, che importasse per lo meno: “a) che i privati imprenditori predispongano le direttive cui informare nel prossimo avvenire le loro attività; b) l'obbligo di ciascuno di essi di dare l'esatta e tempestiva comunicazione allo Stato delle direttive medesime; c) un certo grado di vincolo, almeno ‘*rebus sic stantibus*’, nel mantenerle ferme ed esattamente eseguibili per tutto il periodo cui esse si riferiscono; d) l'integrazione di questa informazione con tutte le notizie riferentisi alla giacenza di materie prime o di prodotti, all'entità ed efficienza degli impianti, al piano dei finanziamenti, ecc.” (ivi, p. 157).

qui, appunto, l'esigenza, costituzionalmente affermata, di una programmazione economica protesa a garantire la realizzazione del fine sociale della piena occupazione (*arg. ex artt. 3, co. 2; 4, co. 1, e 41, co. 3*).

Programmazione che, si badi, per quanto vasta possa essere nell'esercizio della discrezionalità politica, non può varcare il limite dato dal modo di produzione capitalistico, costituzionalizzato con il riconoscimento dell'iniziativa economica privata (art. 41, co. 1) e della proprietà privata dei mezzi di produzione (art. 42, co. 1): la stessa prassi keynesiana, nella comparazione dei sistemi europei dei *Trente Glorieuses*, conferma, d'altronde, la propria natura di tipo neocapitalistico, atteso che “la massiccia dislocazione di potere resa necessaria da una politica di piena occupazione non comporta [...] alcuna modifica del meccanismo di mercato nella distribuzione delle risorse tra impieghi alternativi e, se incide sulla scala d'operazione delle imprese private, non mette in discussione “il modo di funzionamento dell'impresa privata”, sicché alle autorità centrali è affidato “un compito correttivo, il ruolo del termostato”¹¹⁷.

Correttamente, allora, la Corte costituzionale ha accantonato alcuni precedenti controversi, come la sentenza n. 78/1958, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione della libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41, c. 1, Cost., della previsione che imponeva alle aziende agricole l'assunzione di un determinato numero di lavoratori.

Al contrario, la “norma di scopo” – per riprendere ancora la categoria di Lavagna¹¹⁸ – impone allo Stato un chiaro *obbligo*, giuridicamente rilevante, *di adottare politiche rivolte al pieno impiego*, il cui inadempimento determina precise conseguenze giuridiche, a partire dal pagamento dell'indennità di disoccupazione, che – secondo una coerente circolarità, che valorizza il combinato disposto degli artt. 4 e 38 Cost. – assume così tanto la portata di un diritto soggettivo costituzionalmente riconosciuto quanto una natura sanzionatoria nei confronti dell'inadempienza statale¹¹⁹, quasi che fosse – come aveva intuito Mortati –

¹¹⁷ Così G. F. Mancini, *Art. 4*, cit., p. 217.

¹¹⁸ C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977, v. par. 6 del cap. III.

¹¹⁹ Sul punto, scrive P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 106, che “lo Stato può operare per una piena occupazione utilizzando gli strumenti di politica economica che anche la Costituzione gli appresta, come la programmazione (art. 41 III co.): se quella politica non riesce – o non viene neppure tentata, come accade oggi in Italia – lo Stato risponde per inadempienza, e deve pagare un'indennità di disoccupazione [...] che permetta al lavoratore di vivere”.

un'indennità “corrisposta a titolo di risarcimento per il mancato conferimento del posto di lavoro”¹²⁰.

Correlativamente, la natura di norma di scopo dell'art. 4 – e dunque dell'obiettivo della piena occupazione ivi contenuto – comporta, con la sua intrinseca giuridicità, la possibilità di esercitare il sindacato sugli atti legislativi attraverso la verifica della assoluta insuscettibilità della norma censurata “a raggiungere il fine stesso”, oppure “del contrasto radicale con il medesimo”, o – ancora – “sotto il profilo della minore congruenza della scelta medesima rispetto ad altre possibili”¹²¹.

Contestualmente, e non alternativamente, le «condizioni che rendono effettivo» il diritto al lavoro possono essere identificate, condividendo la tesi di Mancini, anche in “a) un mercato del lavoro tale che la domanda sia in grado di assorbire tutta la possibile offerta; b) una struttura amministrativa che agevoli in modo efficace l'incontro tra la domanda e l'offerta; c) un sistema di formazione professionale permanente della manodopera”¹²² (in attuazione, altresì, di quanto previsto dall'art. 35, co. 2): parole scritte più di quarant'anni fa, ma che restano, a ben vedere, di una imperitura attualità, non solo ove si consideri la mancata realizzazione di politiche di piena occupazione negli ultimi lustri – con la conseguente inattuazione del disposto dell'art. 4 – ma anche ove si tenga conto che strutture efficaci per garantire l'incontro tra domanda e offerta sul mercato del lavoro e una formazione professionale continua non abbiano, in realtà, mai davvero funzionato (come dimostrato anche dalla stessa recente vicenda dei centri per l'impiego).

In altre parole, quindi, quello all'effettività del diritto al lavoro rappresenta un interesse fondamentale, cui la Costituzione riconosce una chiara *preminenza sugli altri*, da cui conseguono precisi obblighi per il legislatore (di fare e di non fare), per l'amministrazione pubblica, per il giudice stesso – chiamato ad interpretare la norma, nel dubbio, nel senso più conforme a “soddisfare la pretesa al lavoro”, cioè a dare “prevalenza fra gli interessi in conflitto a quelli attinenti all'esigenza del lavoro”¹²³ – e, infine, anche per lo stesso privato imprenditore, “che si trova obbligato a rispettare lo status del dipendente”¹²⁴.

Lo stretto legame, quindi, intercorrente tra l'art. 4, l'art. 36 – norma immediatamente precettiva sulla retribuzione proporzionata e sufficiente, idonea ad assicurare la dignità del

¹²⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962, p. 884.

¹²¹ C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 209.

¹²² G. F. Mancini, *Art. 4*, cit., p. 236., che richiama, in relazione alla formazione professionale permanente, l'esperienza, giudicata positiva e da emulare, della legge francese del 16 luglio 1971.

¹²³ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 239.

¹²⁴ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 105.

lavoratore e della sua famiglia – e l'art. 38, delinea chiaramente un sistema di protezione in sé proteso alla piena occupazione e al rispetto della dignità *del* lavoro e *nel* lavoro. Ma il filo rosso della dignità del lavoro passa anche attraverso il citato art. 35, co. 2, l'art. 36, co. 3 – altra norma di evidente immediata precettività nel riconoscere il diritto, qualificato irrinunciabile, del lavoratore al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite –, l'art. 37 (sulla retribuzione paritaria tra uomini e donne) e le due norme, invero largamente inattuato, dell'art. 43 (nella parte in cui consente la riserva originaria o il trasferimento successivo, mediante espropriazione e salvo indennizzo, di determinate imprese o categorie di imprese, secondo i limiti indicati, anche in favore di *comunità di lavoratori*) e l'art. 46 sulla cogestione¹²⁵.

Com'è noto, però, sia le problematiche strutturali italiane del mercato del lavoro sia, ancor di più, l'avvento della globalizzazione economica e il processo di integrazione europea hanno finito col rendere largamente ineffettivo l'obiettivo costituzionale alla piena occupazione¹²⁶.

Tra le varie questioni critiche, non si può non segnalare, sin da subito, con riserva di ulteriore approfondimento in altra sede, il ruolo della Banca Centrale Europea che, essendo preposta anzitutto alla garanzia della stabilità dei prezzi, diversamente dalla *Federal Reserve* statunitense, non considera nella sua azione, istituzionalmente e costitutivamente, la finalità della piena occupazione. La BCE, ai sensi dell'art. 127 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) opera come soggetto titolare della politica monetaria rivolto al fine prioritario del mantenimento della stabilità dei prezzi e, solo fatto salvo quest'obiettivo, sostiene la politica generale dell'Unione. Ciò pone un evidente punto di tensione – come dimostra anche la prassi degli ultimi mesi che, attraverso politiche restrittive di rialzo dei tassi (con conseguenti restrizioni creditizie), è protesa a mantenere artificialmente alti i tassi di disoccupazione ai fini del contrasto all'inflazione (benché, come molti studi rivelano, quella attuale sia un'inflazione da costi, non da domanda), col conseguente rischio di indurre una recessione – con l'obiettivo costituzionale della piena occupazione.

Se è vero, allora, che l'art. 4, in collegamento con l'art. 1, esprime il *fine politico-economico fondamentale* proprio della costituzione economica come declinazione del *fine*

¹²⁵ Per un simile quadro, v. R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 76.

¹²⁶ Su cui, v. le opportune considerazioni di A. Cariola, *Art. 4*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 118-120.

politico fondamentale della costituzione materiale, ponendo – come norma di scopo – un obiettivo per l’azione di tutti i pubblici poteri (e, quindi, come si è visto, un obbligo giuridicamente rilevante) – ivi compresa, evidentemente, anche la Banca d’Italia, che pure del SEBC è parte – e che, correlativamente, come ha scritto Luciani con la consueta lucidità analitica, “non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell’art. 11”¹²⁷, il principio lavorista è idoneo a rappresentare un *controlimite* all’operatività, nell’ordinamento giuridico interno, di regolamenti, decisioni e indirizzi della BCE che non tengano in adeguata considerazione l’obiettivo della piena occupazione, attraverso una verifica, secondo il sindacato condotto in base al parametro integrato da una norma di scopo, della assoluta insuscettibilità della norma censurata “a raggiungere il fine stesso”, oppure “del contrasto radicale con il medesimo”, o, ancora, “sotto il profilo della minore congruenza della scelta medesima rispetto ad altre possibili” (v. *supra*); valutazione, quindi, che può pervenire alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’ordine di esecuzione dei Trattati europei *nella parte in cui* consentono l’ingresso, nell’ordinamento italiano, di atti vincolanti della BCE incompatibili con la finalità, costituzionalmente imposta, della piena occupazione.

4. La Costituzione e l’economia mista finalisticamente orientata.

Inquadrando la costituzione economica nell’ambito della costituzione materiale, ed ancorandola, conseguentemente, al fine politico-economico fondamentale della piena occupazione, assorbito nella costituzione formale in stretta connessione con l’idea-forza del lavoro (artt. 1 e 4 Cost.), entro un coerente disegno di emancipazione umana, individuale e collettiva (artt. 2 e 3 Cost.), diviene agevole comprendere il *favor* che dalla Costituzione traspare verso l’interventismo dei soggetti pubblici nelle attività economiche. La Costituzione, com’è noto, individua e sottintende un regime di economia mista¹²⁸, lontano dagli eccessi sia dell’economia collettivistica di stampo sovietico (che neppure i

¹²⁷ M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, 2011, disponibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 79.

¹²⁸ Sul tema, v., tra i tanti, in generale, A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, cit., p. 527, che parla di una “Costituzione mista”, “sia perché le attività economiche possono essere svolte da soggetti privati e da soggetti pubblici, sia perché, pur affermando in maniera molto forte la libertà di impresa e di iniziativa economica, si

comunisti italiani ritenevano praticabile alle condizioni date) sia del liberismo tradizionale, quest'ultimo ampiamente criticato dalle forze reggitrici della costituzione materiale (cioè i tre grandi partiti di massa: democristiani, socialisti, comunisti) in un contesto in cui le forze liberali, quantunque autorevoli e talora non poco influenti, erano però, nel complesso, recessive. Entro una prospettiva sistematica, allora, la Costituzione individua l'obiettivo di una piena democratizzazione, non soltanto dal punto di vista politico ma anche delle strutture economiche, nel quadro di un processo di trasformazione generale della società italiana tale da garantire il pieno sviluppo della persona e l'effettività della partecipazione alla vita comunitaria, e cioè, in ultima istanza, idoneo ad assicurare la coerenza del modo di produzione capitalistico con gli scopi di un'avanzata democrazia pluralista, secondo i valori del costituzionalismo democratico-sociale¹²⁹.

Certamente una disposizione centrale nell'esprimere l'opzione costituzionale verso l'economia mista è rappresentata dall'art. 41, non già, però, configurabile alla stregua di una norma recante lo statuto fondamentale dell'intera economia privata – come invece riteneva Spagnuolo Vigorita¹³⁰ –, per le ragioni anzidette che impongono, sia dal punto di vista teorico (cioè alla luce della teoria della costituzione economica come parte della costituzione materiale) sia dal punto di vista dommatico (tenuto conto della rilevanza fondamentale degli artt. 1 e 4 Cost., idonei a proiettarsi, anche sul piano interpretativo, sulle

prevede altresì la possibilità che la legge possa intervenire allorché l'esercizio dell'attività economica vada ad impattare con altri valori egualmente meritevoli di tutela". Per la tesi che il modello di economia mista non esprima una vincolatività positiva, ma sia caratterizzato da un'intrinseca elasticità, v., per esempio, G. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., p. 385, secondo il quale il modello costituzionale non sarebbe rigido, "ma elastico", in quanto, "fissati alcuni principi generali sul rapporto tra pubblico e privato in economia, stabilisce le forme di intervento attraverso cui il legislatore può attuare gli indirizzi di politica economica, entro gli opposti poli liberista e socialista. Era, pertanto, inevitabile che, in virtù della sua flessibilità, tale modello costituzionale fosse destinato ad attuazioni pratiche oscillanti anche in base alle mutevoli congiunture economiche. Ciò spiega il motivo per cui questa parte della Costituzione è stata quella che ha maggiormente risentito del passare del tempo". Tuttavia, non bisogna confondere la discrezionalità delle modalità di intervento con quella sui fini, atteso che, pur nella diversità delle declinazioni che può assumere l'intervento pubblico nell'economia, giammai può essere ostacolato o impedito l'obiettivo costituzionale della piena occupazione, sicché, come si dirà *infra*, il modello di economia mista consacrato nella Costituzione italiana non esprime soltanto una vincolatività negativa, ma anche una vincolatività positiva.

¹²⁹ Cfr., sul punto, F. Saitto, *I diritti nella sfera economica e l'intervento pubblico nell'economia*, in M. Benvenuti e R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2022, p. 308, per il quale, "nell'attuazione di questa spinta trasformativa, ricca di un'allusività impegnata e fiduciosa, l'attività economica (pubblica e privata) avrebbe avuto un ruolo decisivo nel democratizzare e rendere coerente il modo di produzione capitalistico con i fini di un'avanzata democrazia pluralista. Sullo sfondo, si stagliava la convinzione che il programma di sviluppo sarebbe stato sostenuto da una crescita economica destinata a rafforzarsi in ragione del consolidamento dell'industrializzazione. Al legislatore, che avrebbe dovuto orientare la sua azione per attuare la disciplina costituzionale in modo coerente con le riserve di legge rinforzate e con i fini socioeconomici individuati, si guardava con speranza e ottimismo".

¹³⁰ V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 68.

norme del Titolo III della Parte I) un'interpretazione sistematica protesa a valorizzare, per l'appunto, i principi espressi dagli artt. 1 e 4.

Proprio in ragione di questo inestricabile nodo gordiano che lega l'art. 41 agli artt. 1 e 4, allora, è possibile delineare un sistema di economia mista, caratterizzato dalla compresenza necessaria del pubblico e del privato, non già, però, definibile esclusivamente *in negativo* (dal che deriverebbe la sola possibilità di individuare i sistemi economici che siano incompatibili con la Costituzione) – come invece sostenuto da Baldassarre, per il quale la formula *economia mista* finiva con l'assumere un valore puramente descrittivo, insignificante sul piano giuridico, non esistendo alcun sistema al mondo che, sul piano empirico e non idealtipico, non sia misto, che cioè non esprima “una combinazione di iniziativa privata e di azione pubblica”¹³¹ –, ma, al contrario, in grado di esprimere anche una *vincolatività positiva*, derivante dalla funzionalizzazione degli interventi pubblici rispetto ai fini sociali ex art. 3 e, in particolare, rispetto all'obiettivo della piena occupazione (art. 4).

In altre parole, più semplicemente, l'economia mista costituzionale è definita in base ai fini che essa è chiamata a perseguire, e che, in altre parole, *non può non* perseguire.

È a partire da questi presupposti che è possibile interpretare correttamente il disposto dell'art. 41 Cost., cominciando con una lettura coerentemente unitaria dei tre commi di cui la norma si compone¹³², essendo difficilmente configurabile, sul piano pratico, la distinzione tra «iniziativa» e «svolgimento» – su cui parte della dottrina aveva costruito un regime differente, disgiungendo i primi due commi della disposizione –, ove si consideri che l'attività economica, anche (e soprattutto) quando esercitata nella forma dell'impresa, non si risolve in un unico atto di iniziativa, ma tende ad articolarsi in una serie, costante e non isolata, di iniziative.

Non a caso, correttamente la giurisprudenza costituzionale da tempo ritiene (Corte cost., sentt. nn. 29/1957; 50/1957; 47/1958; 78/1958; 7/1962; 78/1970) che la garanzia di libertà espressa dal primo comma dell'art. 41 riguardi non soltanto “la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento, con la conseguenza che siffatta garanzia “deve ritenersi operante in tutte le fasi dell'attività e, al tempo stesso, che a tale libertà devono ritenersi applicabili limiti dei commi 2 e 3”¹³³, cioè, in altri termini, i

¹³¹ A. Baldassarre, (voce) *Iniziativa economica privata*, cit., p. 583, nota 3.

¹³² Su cui, cfr. anche R. Niro, *Art. 41*, cit., p. 850.

¹³³ M. Giampieretti, *Art. 41*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di R. Bin e S. Bartole, Cedam, Padova, 2008, pp. 411-412, che richiama la tesi di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte*

limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana (cui si aggiungono, con la novella operata dalla legge cost. n. 1/2022, i limiti dell'ambiente e della salute), oltre ai programmi e ai controlli, trovano applicazione non soltanto con riguardo allo svolgimento dell'attività economica, ma anche, a monte, rispetto all'atto di impulso. Ma, al di là del contenuto precipuo della libertà economica (di iniziativa e/o di svolgimento), certa ne è la sua natura di *libertà dimidiata*, di un rango differente (ed inferiore) rispetto alle libertà civili, non potendo essere qualificata alla stregua di un diritto fondamentale¹³⁴, ma pur sempre connotata dall'irrivocabilità¹³⁵ e non potendo degradare – ché anzi si andrebbe contro lo spirito degli stessi lavori preparatori – ad una situazione giuridica soggettiva esclusivamente funzionalizzata al perseguimento dei fini sociali individuati nel quadro dell'attività di programmazione pubblica dell'economia nazionale (come pur avrebbe voluto, invero, il Mortati¹³⁶). L'assenza delle caratteristiche di indisponibilità e di irrinunciabilità – come riconosciuto dallo stesso diritto positivo, sol se si pensi alla disciplina giusprivatistica dei patti di non concorrenza (art. 2596 c.c.) e del divieto di concorrenza in capo all'alienante l'azienda (art. 2557 c.c.) –, tradizionalmente proprie dei diritti costituzionalmente garantiti riconducibili al patrimonio irretrattabile della persona umana, sarebbe già di per sé un validissimo argomento a sostegno della tesi volta ad escludere la natura di diritto fondamentale della libertà economica; ma, ancor più

speciale, Cedam, Padova, 1992, pp. 461-462. Cfr. anche M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., p. 398. *Contra*, v. A. Baldassarre, (voce) *Iniziativa economica privata*, cit., pp. 594-599, fautore della distinzione tra iniziativa e svolgimento dell'attività economica, per il quale l'iniziativa – intesa come impulso, investimento, ossia come “atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo” – sia “immediatamente incoercibile”, atteso che soltanto l'organizzazione mediante la quale gli stessi privati svolgono le loro attività produttive “soggiace, sia nel suo quadro strutturale sia nei comportamenti che ne realizzano in concreto il funzionamento, ai limiti, ai vincoli, alle espropriazioni, alle riserve originarie, ai controlli, secondo i principi ed i criteri stabiliti negli artt. 41-43-46 Cost.”.

¹³⁴ Su cui, v. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, pp. 37-43.

¹³⁵ Sottolinea, invece, la sovrapponibilità dell'irrivocabilità con la fundamentalità A. Pace, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Politica del diritto*, 2/1993, in particolare pp. 330-331, secondo cui “l'eventuale soppressione della libertà economica avrebbe, in Italia, effetti sconvolgenti né più né meno della soppressione della libertà di espatrio o di circolazione”; “chi sostiene tale possibilità evidentemente dimentica che l'Italia, con l'adesione alla CEE, ha fatto una scelta irreversibile e che in buona parte il legislatore ordinario (e, di fatto, lo stesso legislatore costituzionale) non ha più poteri restrittivi delle situazioni tutelate dall'art. 41 Cost.”. Ancora, “la Corte costituzionale effettua bilanciamenti interpretativi con riferimento alla libertà di iniziativa economica anche se vengono in gioco altri diritti della persona. Ciò vuol dire che il ‘valore’ dell'iniziativa economica privata non è gerarchicamente inferiore agli altri diritti, anche se la disciplina positiva è, indubbiamente, meno rigida”. Queste autorevoli riflessioni, però, non tengono conto né della distinzione tra irrivocabilità e fundamentalità – sicché, un conto è affermare, come Pace giustamente fa, che la libertà di iniziativa economica privata è irrivocabile, altra cosa, invece, è inferirne, per ciò solo, il connotato di fundamentalità – né della graduazione di valore che la Costituzione, evidentemente, afferma, a partire dal primato del lavoro e dalla circostanza che, attraverso la clausola dell'utilità sociale, assumono prevalenza sull'iniziativa economica privata gli interessi sociali riconducibili al quadro dei fini di cui agli artt. 1-4.

¹³⁶ C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 222 ss.

radicalmente, da un punto di vista sistematico, è “l’intero processo storico di trasformazione del significato dei diritti fondamentali nello stato sociale contemporaneo”¹³⁷ a militare nel senso della non fondamentalità della libertà di iniziativa economica privata di cui all’art. 41.

Il rilievo sistematico degli artt. 1 e 4 Cost., poi, si apprezza particolarmente anche con riguardo al secondo comma dell’art. 41, nella misura in cui la Costituzione individua dei limiti allo svolgimento dell’iniziativa economica privata, rappresentati ora dalla clausola generale dell’utilità sociale, ora dai limiti espliciti della sicurezza, della libertà, della dignità umana – secondo una concezione risalente all’art. 151 della Costituzione di Weimar – e, a seguito della novella operata dalla legge cost. n. 1/2022, dell’ambiente e della salute (questi ultimi, invero, già da tempo determinati in via ermeneutica dalla giurisprudenza costituzionale).

Si tratta, come si evince dalla stessa lettera della disposizione, di *limiti negativi esterni*, non positivi, sicché dall’affermazione che l’iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con i limiti suddetti non può desumersi, finendosi col provar troppo, che intanto l’iniziativa economica privata riceve tutela costituzionale in quanto sia finalizzata, ovverosia funzionalizzata, al perseguimento dell’utilità sociale e degli altri valori normativamente indicati: la tesi della funzionalizzazione, pur cara – come si accennava – ad autori come il Mortati¹³⁸, non trova, cioè, conferma né sul piano letterale né, a ben vedere, sul piano dell’interpretazione storica e teleologica, come si desume dai lavori dell’Assemblea Costituente.

Ora, è sempre una corretta interpretazione letterale della disposizione costituzionale che ci induce a negare l’ammissibilità della tesi che vedrebbe operante, nell’art. 41, co. 2, una riserva di legge relativa implicita: sebbene la giurisprudenza costituzionale abbia sovente affermato che la presenza di una tal riserva deriverebbe dagli stessi «principi generali informatori dell’ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell’organo che trae da costoro la propria diretta investitura» (Corte cost., sentt. nn. 4 e 5/1962; v. anche sentt. nn. 60/1965, 24/1967, 9/1973) – e per giunta così garantendosi la riconducibilità ad un quadro complessivo degli interventi pubblici nell’economia, in luogo di affidare la determinazione di tali limiti alla valutazione

¹³⁷ Così M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 43.

¹³⁸ Cfr. C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 222 ss.

discrezionale delle autorità amministrative, “in diretta applicazione dell’art. 41”¹³⁹ –, in realtà, il secondo comma, specie con riguardo all’indicazione dei limiti dati dalla sicurezza, dalla libertà e dalla dignità umana, lungi dal ritenere che da ciò discendano presunte lacune garantistiche¹⁴⁰, è idoneo – come già Esposito aveva lucidamente chiarito¹⁴¹ – ad attribuire situazioni giuridiche soggettive immediatamente efficaci, “utilizzabili in sede amministrativa e giudiziaria a prescindere da ulteriori specificazioni legislative”¹⁴².

Né, tra l’altro, la circostanza che il successivo terzo comma contenga espressamente una riserva di legge potrebbe rappresentare un valido indizio in favore dell’esistenza di una riserva implicita al comma precedente, come pur sovente la giurisprudenza costituzionale ha argomentato, giacché le fattispecie del secondo e del terzo comma sono ragionevolmente differenziate dal legislatore costituzionale, un conto essendo la mera determinazione dei limiti allo svolgimento dell’attività economica, altro essendo, invece, l’individuazione di controlli e, soprattutto, di programmi – decisamente più invasivi della mera determinazione di limiti negativi – per indirizzare e coordinare l’economia a fini sociali.

È da condividersi, allora, la tesi di Baldassarre, per il quale l’intera norma espressa dal comma 2 dell’art. 41 risulta essere immediatamente precettiva (compresa l’indicazione dell’utilità sociale) nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento, dal che deriva la possibilità di assoggettare qualsiasi atto posto in essere nel corso di un’attività economica (d’impresa, ma non solo) al sindacato giurisdizionale, sicché “qualora un negozio giuridico o una clausola contrattuale o un atto amministrativo o un’attività fossero ritenuti in contraddizione con l’utilità sociale, con la sicurezza, con la libertà o con la dignità umana, ne discenderebbe automaticamente un vizio comportante la nullità o l’annullamento, totale o parziale, rispettivamente dell’atto negoziale e dell’atto amministrativo, oppure un vizio di illiceità dell’attività compiuta”¹⁴³.

Anche il contenuto dell’utilità sociale, quindi, in luogo di essere coperto da una riserva di legge (relativa) implicita, è direttamente ricavabile dalla Costituzione, attraverso

¹³⁹ L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 676. Per la tesi della riserva di legge implicita, v. anche G. Morbidelli, (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma-Torino, 1989, vol. XIX, pp. 1-7.

¹⁴⁰ Come invece ritiene R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 201, che critica anche la giurisprudenza costituzionale sull’utilità sociale, ritenuta troppo sensibile al dirigismo.

¹⁴¹ C. Esposito, *I tre commi dell’articolo 41 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, in particolare p. 33.

¹⁴² M. Giampieretti, *Art. 41*, cit., p. 413.

¹⁴³ A. Baldassarre, (voce) *Iniziativa economica privata*, cit., p. 607.

un'interpretazione sistematica, non limitata alle norme sui rapporti economici, ma rivolta ai principi fondamentali, e segnatamente agli artt. 1 e 4.

L'utilità sociale, quindi, è un concetto di valore inquadrabile come un *principio-valvola* – secondo la nota ricostruzione di Luciani, che applica la categoria teorica dei *Ventilbegriffe* di Wurzel all'art. 41 Cost., intesi quali “concetti la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento”, alla stregua di “valvole di sicurezza”¹⁴⁴ –, che il legislatore può determinare successivamente in via mediata, *ma con un proprio nucleo minimo indefettibile*, come già Cavaleri aveva ben intuito, riconducibile a quel *complesso di valori* – i diritti fondamentali della persona, in primo luogo, per l'autore – direttamente applicabili dal giudice, così come dalle pubbliche amministrazioni, e costitutivamente idonei a prevalere sull'esercizio dell'attività economica¹⁴⁵.

È questo nucleo minimo, quindi, che il legislatore, in via successiva, può arricchire e specificare, nell'esercizio della propria discrezionalità, ma certamente giammai violare: come il privato esercente un'attività economica (nella dimensione orizzontale), così il legislatore che intenda meglio definire il contenuto dell'utilità sociale non può non conformarsi ai confini individuati attraverso il richiamo agli artt. 1 e 4, sicché non soltanto l'apprezzamento legislativo sarà sindacabile dalla Corte costituzionale “sotto il profilo dell'effettiva rilevabilità dell'intento [...] di perseguire un determinato fine e della generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo”¹⁴⁶, ma – secondo il ragionamento sistematico più volte ricordato – la Corte potrà, giusta la determinazione del contenuto minimo dell'utilità sociale in virtù degli artt. 1 e 4 Cost., verificare la compatibilità della scelta legislativa ai fini costituzionali (rispetto dei diritti inviolabili della persona; trasformazione generale della società secondo il progetto di partecipazione e democratizzazione dell'art. 3, co. 2, Cost.; tutela del lavoro e promozione della piena

¹⁴⁴ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 79 ss. e p. 117 ss.

¹⁴⁵ Il riferimento è a P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione “vivente”*, cit., pp. 37-38, per il quale, infatti – criticando la tesi della riserva implicita – nulla impediva che i limiti di cui all'art. 41, secondo comma, potessero essere applicati indirettamente a fini interpretativi ed anche direttamente (v. pp. 52-53).

¹⁴⁶ M. Giampieretti, *Art. 41*, cit., p. 415, che richiama la tesi di M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 164. Questa forma di sindacato è stata svolta, già in tempi risalenti, dalla Corte costituzionale, che, sin dalla sentenza n. 14/1964, “ha provveduto a delineare i confini del proprio intervento, riconoscendosi competente a sindacare la palese contraddizione dei fini di utilità sociale perseguiti dal legislatore con i presupposti di fatto accertabili, la non assoluta inidoneità dei mezzi predisposti dal legislatore rispetto allo scopo ed infine il perseguimento di finalità palesemente diversa da quella di utilità sociale formalmente indicata”: così R. Niro, *Art. 41*, cit., p. 855, che riprende la tesi espressa anche da S. Niccolai, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla pianificazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 472 ss.

occupazione), seguendo le modalità del già descritto sindacato condotto alla luce dei parametri integranti norme di scopo.

Oltretutto, questa tesi risulta decisamente più coerente con le premesse sistematiche da cui abbiamo preso le mosse, vale a dire con la riconosciuta non fondamentalità della libertà di iniziativa economica privata (tenuto conto, altresì, delle sue stesse peculiari caratteristiche – l’esser, cioè, una libertà che si estrinseca soprattutto attraverso il compimento di atti giuridici a contenuto patrimoniale, che implicano la disponibilità e rinunziabilità di diritti –), salva restando, in ogni caso, la regola generale della riserva di legge (relativa) per le prestazioni personali e patrimoniali imposte (art. 23 Cost.).

La determinazione del contenuto dell’utilità sociale, in particolare, conferma l’opzione costituzionale verso un’economia mista, definibile in positivo – non, quindi, meramente in negativo – in quanto *finalisticamente orientata*, riconducendosi la clausola generale dell’art. 41, co. 2, al quadro dei principi fondamentali ex artt. 1 e 4 – come già Mortati, non a caso, aveva intuito, almeno con riferimento al collegamento sistematico col principio lavorista¹⁴⁷ –: utilità sociale, quindi, come espressione di una dimensione *altra* dall’economia – e non semplicemente inquadrabile alla stregua di un principio benthamiano di benessere per tutti o, come riteneva Spagnuolo Vigorita, di un “benessere economico collettivo” quale “progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza”¹⁴⁸ – che attinge direttamente alle finalità, proprie della società nel suo complesso (quella società protagonista del processo di trasformazione delineato dall’art. 3, co. 2¹⁴⁹), scolpite negli artt. 1 e 4 Cost.

È evidente, allora, che – sulla scorta di queste argomentazioni di ordine sistematico – non può essere condiviso quell’orientamento della Corte costituzionale, che, talora smentendo se stessa, ha ricondotto al limite dell’utilità sociale alcuni interessi propriamente economici (dall’equilibrio tra domanda e offerta all’incremento della produzione, passando per la competitività tra le imprese), i quali, semmai, sarebbero impliciti già nell’affermazione di principio del primo comma (sia pur non soggettivamente intesi, ma correlati al mercato oggettivamente considerato): si è giustamente parlato, in proposito, di una “eterogenesi dei fini di utilità sociale”¹⁵⁰, determinatasi in concomitanza con l’approfondirsi

¹⁴⁷ Su cui, di nuovo, v. C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 143 ss.

¹⁴⁸ V. Spagnuolo Vigorita, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 243.

¹⁴⁹ Su cui, ancora, cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 132 ss.

¹⁵⁰ Così R. Niro, *Art. 41*, cit., p. 856.

dell'integrazione comunitaria e il consolidarsi dell'affermazione del principio del mercato concorrenziale, nella direzione di un obiettivo *ordine pubblico economico*, ma in un'accezione diversa da quella fatta propria dalla tradizionale dottrina francese, in grado di esprimere da sé un complesso di valori, squisitamente economici, vincolanti.

Se, quindi, la Costituzione parla di *utilità sociale*, giammai essa può essere surrettiziamente intesa alla stregua di una clausola di *utilità economica*; né, conseguentemente, è ammissibile la riconducibilità del principio di tutela della concorrenza al secondo comma dell'art. 41, come pur taluno ha provato ad argomentare¹⁵¹, sia perché questa esprime un valore essenzialmente economico, sia perché, così argomentando, si finirebbe col cadere in quell'evidente corto circuito (dal punto di vista dell'assiologia costituzionale) per il quale il mercato stesso sarebbe il luogo di realizzazione, in presenza di una concorrenza perfetta, dell'utilità sociale, *de facto* annullando la distinzione tra l'*economico* e il *sociale* (e dissolvendo, quindi, la seconda dimensione nella prima).

Così operando, per giunta, si introdurrebbe surrettiziamente nella nostra Costituzione un modello di economia sociale di mercato, di matrice ordoliberal (come quello accolto nei Trattati europei) – per il quale l'aggettivazione del *sociale* esprime l'idea di un'inclusione attraverso il mercato, nel quadro di una *società fondata sul diritto privato* – ben diverso dall'idea di un'economia sì certamente anch'essa di tipo misto, ma pur sempre finalisticamente orientata rispetto agli artt. 1 e 4 Cost.

Oltretutto, se l'utilità sociale corrispondesse all'utilità economica espressa attraverso un regime di mercato a concorrenza perfetta, non si capirebbe neppure il motivo della previsione di un'autonoma clausola di *utilità sociale*, sicché, a ben vedere, anche ragioni di carattere eminentemente logico-giuridico, in applicazione del principio di conservazione, militerebbero in favore della tesi dell'utilità sociale come concetto autonomo, da interpretare alla luce degli artt. 1 e 4, e in particolare del disegno di emancipazione e trasformazione sociale accolto nell'art. 3, co. 2, Cost.

Al contrario, è la libera concorrenza che incontra il limite dell'utilità sociale (cfr. sentt. nn. 241/1990 e 386/1999), come è stato correttamente affermato dalla Corte costituzionale anche rispetto all'operatività della disciplina di matrice comunitaria: lo dimostra, infatti, il

¹⁵¹ V. Oppo, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Giuffrè, Milano, 1990, in particolare p. 70. *Contra*, correttamente, A. Pace, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit., p. 329, per il quale la tutela della concorrenza, ai fini della libertà del mercato, è da rinvenirsi nella stessa proclamazione della libertà di iniziativa, e non fra i limiti di cui al secondo comma.

caso Alitalia (sent. n. 270/2010), nel quale la Corte, pur esprimendosi in termini eccezionali e derogatori, ha ritenuto che il decreto-legge censurato fosse giustificato in quanto finalizzato a «fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità [...], peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistematiche in ulteriori comparti».

Ora, il ragionamento condotto intorno all'economia mista finalisticamente orientata è ulteriormente corroborato dalla formulazione del terzo comma dell'art. 41, proposta in Assemblea Costituente dal socialdemocratico Arata con l'obiettivo non tanto di legittimare la pianificazione come metodo generale del tutto alternativo all'economia di mercato, quanto di sancire la “legittimità di determinati piani economici a seconda delle esigenze economiche e sociali che possono prospettarsi e giustificarne la formazione”¹⁵², come conferma la stessa opzione per il termine “programmi” invece di “piani”¹⁵³ (dovuta ad una soluzione compromissoria proposta da Taviani). In questo modo, pur garantendo la struttura di un'economia di mercato, presupposta dal riconoscimento costituzionale della libera iniziativa economica privata, l'art. 41, c. 3, consente una regolazione politica dell'economia attraverso la forma della legge.

Com'è noto, lungo e vivace è stato il dibattito in merito alle potenzialità espresse dalla norma in esame, in particolare dal riferimento ai “programmi”, specie quando, negli anni Sessanta – ma già, invero, vi erano stati dei prodromi ai tempi del piano Vanoni – si discuteva della possibilità di attuare una politica di programmazione economica generale, sia per assicurare il protagonismo del Parlamento, onde sottrarre l'elaborazione delle scelte strategiche e gli indirizzi di politica economica “alla mutevole facoltà del potere esecutivo”¹⁵⁴, sia per garantire, al contempo, le situazioni giuridiche soggettive. Era chiaro,

¹⁵² Queste le parole riportate da A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, cit., p. 531.

¹⁵³ Sebbene, sul punto, vi sia chi ritenga che non abbia particolare senso giuridico la distinzione tra i due termini; cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 6.

¹⁵⁴ A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, cit., p. 295. L'autore, che rivendicava la differenza tra la pianificazione democratica e quella collettivista di stampo sovietico (v. pp. 100-101), metteva abilmente in guardia dalle possibili distorsioni dell'interventismo disciplinatore (pp. 54-55): si pensi agli esempi, citati da Predieri, del piano economico globale polacco che conteneva disposizioni finanche sulla produzione dei cocomeri o sul numero delle lepri da uccidere nell'anno, oppure della legislazione (non certo collettivistica!) francese sulla raccolta delle lumache, divise nelle due classi da allevamento e da corsa (*sic!*). Queste considerazioni appaiono interessanti non soltanto perché mettono in luce che, anche in ordinamenti che non accolgono la pianificazione, le distorsioni dell'“interventismo giuridico” sono sempre alle porte (e che,

ai protagonisti del dibattito di quegli anni, che la vera alternativa non si poneva, infatti, tra la libera iniziativa dei privati e la pianificazione pubblica, quanto piuttosto tra la pianificazione privata (espressione, cioè, dei poteri privati, talora monopolistici) e la pianificazione, *recte* programmazione, pubblica¹⁵⁵ e che le disfunzioni dell'economia, come opportunamente scriveva Galgano – riprendendo una suggestione bobbiana – in opposizione alla tesi di Giannini, non derivavano dalla circostanza che si fosse affermato uno Stato pluriclasse, semmai dal fatto che non lo fosse abbastanza¹⁵⁶.

La legge, in questo contesto, spiccava come “strumento di democratizzazione del sistema dei programmi e controlli”¹⁵⁷, volto a garantirne la piena compatibilità con le finalità ultime del disegno emancipativo, individuale e collettivo, tracciato dalla Costituzione. Al contempo, un'attività legislativa di programmazione economica generale avrebbe consentito di fornire continuità all'indirizzo politico in materia economica – secondo l'idea riassunta nell'icastica formula di Barbera¹⁵⁸ “una legislatura, un Piano, un Governo” – individuando i fini di politica economica da perseguire nell'arco del quinquennio e predisponendo apposite (e articolate) procedure di programmazione (sicché la programmazione veniva a porsi come un “procedimento di procedimenti”, cioè come un “procedimento composto di procedimenti”¹⁵⁹).

Un dibattito, quello sull'art. 41, co. 3, che per lungo tempo è caduto, però, in oblio, non solo per il fallimento della politica di programmazione (tant'è vero che, dopo la legge n. 685/1967 di approvazione del Primo piano quinquennale 1966-1970, l'esperimento non è

conseguentemente, non è mai la pianificazione in sé e per sé a creare eccessi di burocratismo) ma anche poiché individuano una tendenza, comune ad ordinamenti diversi, all'iper-regolazione (discorso che potrebbe valere, oggi, anche nel diversissimo contesto dell'Europa ordoliberale, divisa nella sua contraddizione tra l'iper-regolazione di alcuni settori – come non pensare alle discusse quote-latte – e la de-regolamentazione alimentata in altri).

¹⁵⁵ Cfr. anche T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 88.

¹⁵⁶ F. Galgano, *Art. 41*, cit., p. 56. *Contra*, M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 330 ss. Galgano sostiene che l'antinomia fondamentale risiede nel fatto che lo Stato è pluriclasse sotto il profilo politico-sociale, mentre è ancora monoclasse dal lato dell'economia, riprendendo la concettualizzazione di Norberto Bobbio sulla democrazia “dimidiata”, in quanto “non arriva alle decisioni che attengono allo sviluppo economico” (cfr. N. Bobbio, *Il marxismo e lo Stato*, Grafica editrice romana, Roma, 1976, p. 36).

¹⁵⁷ F. Saitto, *I diritti nella sfera economica e l'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 313.

¹⁵⁸ Del quale, v. A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968, in cui l'Autore aveva teorizzato una efficacia sovraordinata, entro la gerarchia delle fonti, della legge di piano rispetto alle leggi di attuazione del medesimo. Sulla natura dell'indirizzo pianificatorio, v. anche A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, cit., pp. 110-113.

¹⁵⁹ Così G. Palma, *Economia pubblica e programmazione*, ESI, Napoli, 1980, p. 130. La formula è opportunamente ricordata anche da M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 4, v. in particolare nota 12.

stato ripetuto), ma anche per l'instabilità politica e, soprattutto, per l'impatto del diritto comunitario, ispirato ad un *favor* verso la concorrenza, al punto che taluno è stato indotto a definire la norma un "residuo storico"¹⁶⁰. Ma, con la crisi economico-finanziaria del 2007-2008 e con la crisi pandemica, l'intervento dello Stato nell'economia, dopo decenni di ritirata nel deserto secondo lo spirito dello Stato regolatore¹⁶¹, sembra essere ritornato in auge, soprattutto attraverso Cassa depositi e prestiti S.p.A. oppure tramite un'attività di incentivazione (come nel caso del Piano Industria 4.0) o mirate azioni di salvataggio¹⁶², fino alla nuova stagione aperta dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), nel quadro di una programmazione multilivello. La legge costituzionale n. 1/2022, infine, con la novella operata all'art. 41, co. 3 – con ciò ponendosi decisamente nel quadro di una revisione-programma e non meramente di una revisione-bilancio –, aggiungendo il riferimento ai «fini ambientali», può legittimare nuove forme di programmazione economica, nel contesto della transizione ecologica¹⁶³.

Tuttavia, la segnalata ripresa di una stagione di interventismo pubblico nell'economia di per sé non basta a rivitalizzare l'art. 41, co. 3, e, più in generale, le norme costituzionali sui rapporti economici, né, a maggior ragione, a ritenere consacrato un cambio di paradigma: l'intervento pubblico, in sé e per sé, è un mezzo, del quale non soltanto devono essere verificate la conformità e la congruità ad un fine, ma che, soprattutto, deve essere, entro una prospettiva sistemica e non frazionata, rivolto a dare attuazione alle norme costituzionali che esprimono quel disegno globale di trasformazione sociale di cui si è tante volte parlato. Ecco, ancora, cioè, che ritornano le necessarie puntualizzazioni sull'economia mista *finalisticamente orientata* (e non un'economia mista *tout court*): da questo punto di vista, allora, l'art. 41, co. 3, fornisce utilissime indicazioni.

Innanzitutto, occorre sottolineare che i controlli e, soprattutto, i programmi cui la disposizione si riferisce, si rivolgono tanto all'attività economica privata, quanto a quella pubblica – così, di fatto, equiparandole, dando loro eguale legittimità nel quadro

¹⁶⁰ N. Irti, *Iniziativa economica e concorrenza*, in G. Della Cananea e G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 30.

¹⁶¹ Su cui, tra tutti, v. A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

¹⁶² Sul punto, cfr. F. Saitto, *I diritti nella sfera economica e l'intervento pubblico nell'economia*, cit., pp. 314-315.

¹⁶³ Per la considerazione della novella del terzo comma dell'art. 41 Cost. come elemento di "revisione-programma", sia consentito il rinvio a P. Piluso, *La legge costituzionale n. 1 del 2022 e la novella dell'art. 9 Cost.: questioni aperte sulla modificabilità dei principi fondamentali. Qualche certezza giuridica e (non pochi) dubbi di politica del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, pp. 111-136, e alla bibliografia ivi indicata.

costituzionale –, entrambe da indirizzare e coordinare a fini sociali: proprio dalla lettera di questa norma, allora, a ben vedere, possiamo argomentare chiaramente l'opzione costituzionale, già ricostruita in via sistematica, verso l'economia mista – nella misura in cui l'attività economica è sia quella privata sia quella pubblica (ché anzi è significativo che la norma menzioni prima la seconda)¹⁶⁴, ma, come si è più volte detto, con un contenuto positivo. In altre parole, l'articolo 41, co. 3, conferma l'idea che dalla Costituzione discende un modello di economia mista *non puramente e semplicemente*, ma sempre *orientata al perseguimento di fini sociali* (e, a seguito della ricordata novella operata dalla legge cost. n. 1/2022, anche *ambientali*).

L'intervento pubblico nell'economia, cioè, non può rappresentare un fine in sé, semmai costituisce uno strumento per perseguire gli scopi accolti dal disegno costituzionale, riconducibili agli artt. 1 e 4, sicché anche l'attività economica pubblica – che di per sé non è garanzia di sicuro perseguimento dei fini costituzionali e che, correlativamente, non rappresenta una libertà ma una *funzione*¹⁶⁵ – può essere sottoposta, secondo legge, a controlli e programmi opportuni per assicurare il raggiungimento dei *fini sociali* (e ambientali) di cui parla l'art. 41, co. 3. Fini, quindi, che – come già Pototschnig aveva opportunamente rilevato – “si riportano direttamente al costituirsi dell'organizzazione del Paese”¹⁶⁶, nella prospettiva del progresso materiale e spirituale della società (art. 4, co. 2) e, soprattutto, del riassetto generale dei rapporti sociali nell'ottica della piena partecipazione alla vita comunitaria (art. 3, co. 2)¹⁶⁷, sicché la norma, nonostante la sua collocazione, esprime una direttrice essenziale “in ordine all'assetto complessivo dei rapporti economici”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Sul punto, però, A. Pace, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, cit., p. 331, ritiene che “se la parificazione ex lege dei pubblici poteri ai privati è legittima nella misura in cui essa non pregiudichi la libertà di iniziativa economica riconosciuta ai privati, è evidente che, alla luce dell'art. 41, comma 1, Cost., deve ritenersi tuttora valido, anche se con una diversa ratio, il c.d. principio di sussidiarietà dell'azione statale nei settori produttivi”. Questa tesi, tuttavia, finisce col provar troppo, essendo ampia, ai sensi dell'art. 41, la discrezionalità del legislatore nell'intervento pubblico, a differenza che nell'ipotesi, circoscritta da una precisa riserva di legge rinforzata, dell'art. 43 Cost.

¹⁶⁵ Su cui, v. R. Niro, *Art. 41*, cit., p. 859.

¹⁶⁶ U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., p. 91.

¹⁶⁷ Dello stesso avviso è anche A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, cit., pp. 194-195.

¹⁶⁸ U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, cit., p. 92. L'autore prosegue, specificando ulteriormente che “tutta la disciplina costituzionale dei rapporti economici va gravitando [...] verso la realizzazione di un ordinamento che assicuri non tanto il temperamento reciproco delle attività dei privati e di quelle dello Stato, quanto il confluire delle une e delle altre in un sistema unitario: alla cui realizzazione convergono ambedue le direttrici che governano lo svolgersi dei rapporti economici. L'organizzazione che ne consegue non è soltanto un'organizzazione di attività (quale potrebbe risultare ed effettivamente risulta, sia pure in modi diversi e talvolta solo approssimati, da una qualunque disciplina del settore), ma è divenuta attualmente, in base alla norma costituzionale di cui all'art. 3, ultima parte, anzitutto un'organizzazione di persone [...].

Ed è sempre entro questa prospettiva sistematica, e sulla conseguente opzione per un'economia mista finalisticamente orientata, che è possibile cogliere il *proprium* dell'articolo 43 Cost., non già ritenendosi che esso rappresenti una deroga rispetto al preteso principio generale della libertà di iniziativa economica privata¹⁶⁹, ma sostenendosi, sulla scia di Galgano, proprio in considerazione della natura intrinsecamente mista (nel senso chiarito) dell'economia per l'ordinamento giuridico italiano (e tenuto conto della stessa lettera del terzo comma dell'art. 41, che pone un'equiparazione tra attività economica pubblica e privata), che la deroga, semmai, attiene alla diversa posizione di cui l'intervento pubblico può connotarsi: se esso, infatti, non trova ostacoli allorché si svolge su un piano di concorrenza e parità con gli operatori privati – salva, in ogni caso, la sottoposizione a programmi e controlli in ordine al rispetto dei fini sociali – incontra, invece, “precisi limiti quando avviene in forma autoritativa, non potendosi sottrarre d'imperio le attività economiche ai privati e avocarle alla gestione pubblica e sociale se non nei casi e modi” ivi espressamente previsti¹⁷⁰.

Ad assumere connotati di eccezionalità, quindi, giammai è l'intervento pubblico nell'economia in quanto tale, ma l'intervento autoritativo nei modi della riserva originaria e delle collettivizzazioni (nazionalizzazioni e socializzazioni¹⁷¹), non a caso circoscritto mediante una riserva di legge assoluta e rinforzata per contenuto, che richiede precisi presupposti (ambiti economici riferiti a servizi pubblici essenziali¹⁷², fonti di energia, situazioni di monopolio, carattere di preminente interesse generale¹⁷³) e condizioni di operatività (fini di utilità generale e, nel caso di espropriazioni, indennizzo).

L'organizzazione politica economica e sociale del Paese è, per definizione testuale della norma costituzionale, un'organizzazione di lavoratori, che si costituisce pertanto come entità giuridicamente individuata, portatrice di propri interessi e volta al raggiungimento dei propri fini. Se questo è vero, non vi è chi non veda come i fini ‘sociali’ sono precisamente quei fini il cui centro di imputazione è costituito dall'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (pp. 107-108).

¹⁶⁹ Tesi accolta, su tutti, da L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 677.

¹⁷⁰ Cfr. F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., Rapporti economici, Tomo 2, p. 193, richiamato, sul punto, da M. Giampieretti, *Art. 43*, in R. Bin e S. Bartole (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 447.

¹⁷¹ Sulla distinzione tra i concetti, l'uno riferito al trasferimento dell'impresa ad ente pubblico, l'altro al trasferimento a comunità di lavoratori o utenti, cfr., *ex multis*, M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 128-129; G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 664.

¹⁷² Per un'efficace ricostruzione del dibattito in ordine alla natura dei servizi pubblici (teoria soggettiva e teoria oggettiva), v. S. Cattaneo, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 370 ss.

¹⁷³ Che il carattere di preminente interesse generale sia riferito alle imprese o categorie di imprese da sottoporre a riserva originaria o nazionalizzazione/socializzazione, e non, invece, rappresenti una sostanziale ripetizione del fine di utilità generale, lo si evince dagli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, e in particolare dagli interventi di Taviani. Una ulteriore questione interpretativa, sulla quale sia sufficiente qui operare solo un cenno, è se il carattere di preminente interesse generale dia luogo ad un *quantum genus* di

È proprio l'impiego della clausola dell'«utilità generale» a confermare, anche dalla prospettiva dell'art. 43 Cost., la tesi dell'*economia mista finalisticamente orientata*: intanto, cioè, è possibile ricorrere agli strumenti prospettati dalla norma, in quanto siano rivolti ad assicurare finalità di “utilità generale” e, quindi, non soltanto vantaggi economici ma, ancora una volta, benefici sociali complessivi, in un quadro che non può non essere teleologicamente orientato (vale a dire rivolto alla realizzazione del disegno emancipativo di società risultante dagli artt. 1 e 4 Cost.); come già per l'art. 41 Cost., quindi, anche per l'art. 43 l'intervento pubblico nell'economia non si pone un fine in sé, ma sempre uno strumento per il raggiungimento di scopi sociali, cioè di fini che attengono alla società nel suo complesso, nell'ottica dei principi fondamentali della Carta¹⁷⁴.

D'altronde, che l'utilità generale, al pari dell'utilità sociale, non possa essere sovrapposta né all'utilità economica né all'interesse pubblico, è reso evidente dalla stessa formulazione dell'art. 43, che, agli operatori pubblici operanti in regime di riserva o con i mezzi di produzione autoritativamente sottratti ai privati, affianca le *comunità di lavoratori o di utenti*, aprendo uno spazio ad una dimensione sociale non coincidente né con quella pubblica né con quella *stricto sensu* privata¹⁷⁵.

5. Costituzione economica e integrazione europea. Un mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata? Considerazioni intorno ad una trasformazione costituzionale.

La teorizzazione della costituzione economica come parte della costituzione in senso materiale apre, di fronte all'analisi dell'impatto del processo di integrazione europea, un dilemma di non poco momento: vale a dire, se sia possibile: 1) configurare un mutamento

imprese – cosicché l'elencazione operata dal precedente passo della norma risulterebbe non tassativa – o se, invece, si limiti a restringere ulteriormente, nel quadro di un'elencazione or sì tassativa, l'ambito delle imprese sottoponibili a collettivizzazione. Quest'ultima tesi è da preferire, non solo in quanto è confortata dall'interpretazione letterale della norma – e segnatamente dall'utilizzo della congiunzione *e*, dal che sembra che il carattere di preminente interesse generale delle imprese sia un elemento necessario e contestuale, che si aggiunga alla riconducibilità ai tre ambiti indicati –, ma anche perché non vi sarebbe rischio di una inutile superfetazione rispetto ai fini di *utilità generale*, ponendosi le due valutazioni (quella del carattere e quella della finalità) su due terreni diversi.

¹⁷⁴ Intorno all'impatto del processo di integrazione europea sul portato dell'art. 43 Cost. (e sul conseguente ridimensionamento del suo ambito applicativo), v. A. Lucarelli, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 890 ss. e la bibliografia ivi citata.

¹⁷⁵ Per una tal posizione, cfr. anche M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 126.

di costituzione economica, e non, invece, una mera interpretazione evolutiva degli artt. 41 ss. Cost.; 2) inquadrare, eventualmente, siffatto mutamento nel novero delle trasformazioni costituzionali; e, correlativamente, 3) individuare un nuovo *genus* di trasformazione costituzionale.

In primo luogo, non appare convincente poter ritenere che l'adattamento ai principi del diritto euro-unitario rappresenti una forma come un'altra di attuazione costituzionale o, in alternativa, come uno strumento per operare un'interpretazione evolutiva degli artt. 41 ss. Cost.: tesi non persuasiva, connessa alla difficoltà di una coerente riconduzione a sistema e dalla presenza di una generale antinomia tra la costituzione economica italiana (come parte della costituzione materiale assorbita nella costituzione formale) e la decisione di sistema assunta (volontariamente) dagli Stati membri a livello comunitario prima, euro-unitario poi¹⁷⁶.

Appare difficile, infatti, armonizzare la (complessa) disciplina, di principio e di dettaglio, di matrice europea, in particolare dopo la svolta del Trattato di Maastricht, con il *fine*

¹⁷⁶ V. ancora, sul punto, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 28-30. Nel cogliere il *proprium* dei rapporti tra disciplina costituzionale dell'economia e ordinamento euro-unitario, non possiamo non convenire con la lucidità analitica dell'A., che esprime le proprie preoccupazioni, in termini sia di coerenza giuridica che di unità politica, intorno all'"antinomia tra decisione di sistema e costituzione economica": "la decisione di sistema, assunta nei Trattati, non è costituzione economica né dell'Unione (la quale non è soggetto sovrano, diverso dagli Stati membri); né dello Stato italiano, la cui costituzione economica può essere bensì disapplicata, ma non sostituita dal diritto comunitario. Ci troviamo così dinanzi a un affascinante paradosso: una decisione di sistema, regolatrice di immane spazio, capace bensì di impedire l'applicazione del costituzionale art. 41, ma tuttavia inidonea, per intima debolezza di consenso, a elevarsi a dignità di costituzione economica (e dell'Ue e degli Stati membri)". Ma questa "scissione", evidentemente, "non giova oggi né alla vecchia Costituzione, esposta all'efficacia disapplicante delle norme comunitarie, né a queste ultime, che, smarrito il vincolo statale della legge di ratifica, appaiono sorrette soltanto dall'ideologia politica dell'apoliticità e del dissimulante tecnicismo della neutralità".

Per la tesi dell'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost., v., invece, su tutti, G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 7 ss.; ora anche in Id., *Le istituzioni della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 297 ss.

Si ricorda, inoltre, più in generale, che le trasformazioni economiche, sociali e politiche indotte dalla globalizzazione finanziaria e l'approfondirsi del processo di integrazione europea secondo principi neoliberali hanno indotto la dottrina giuspubblicistica italiana a rimeditare il tema della costituzione economica: una rinnovata attenzione, questa, che, se da un lato ha consentito di riportare al centro della riflessione costituzionalistica la disciplina del fenomeno economico, nondimeno ha lasciato con sé non poche contraddizioni, sovente foriere di una sottovalutazione, o addirittura di un consapevole allontanamento, dall'"idea-forza" della costituzione materiale mortatiana (e cioè dalla centralità del lavoro e, correlativamente, dall'obiettivo della piena occupazione). È il caso, a titolo meramente esemplificativo, di G. Boggetti, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in Id., *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1 ss., che, muovendo da una iper-valorizzazione delle cc.dd. disposizioni procedurali della costituzione economica (artt. 47 e 81 Cost.) e da un'interpretazione sistematicamente non convincente protesa a sottovalutare la portata precettiva dell'art. 3, co. 2, Cost., si spinge a prospettare una nozione fortemente prescrittiva di "costituzione economica" ispirata alla visione ordolibera della *Soziale Marktwirtschaft*; e di S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., *passim*; per un quadro critico di queste dottrine, sia consentito il rinvio a P. Piluso, *Alcune considerazioni critiche intorno alla genealogia teorica della "nuova" costituzione economica*, in corso di pubblicazione.

politico-economico fondamentale – declinazione del *fine politico fondamentale* del lavoro, quale idea-forza mortatianamente intesa – rappresentato dalla piena occupazione, sicché viene ad essere indebolito il legame strutturale, evidente ad un'interpretazione sistematica, intercorrente tra gli artt. 41 ss. (in particolare, nell'impiego delle clausole generali) e gli artt. 1 e 4 Cost.

E qui valgano, in primo luogo, alcune considerazioni in ordine all'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi nella politica monetaria europea, che, di fatto, rende il *diritto monetario*, imperniato sulle funzioni della Banca Centrale Europea, un corpo estraneo alla costituzione economica, per la sua irriducibile difficoltà di riconduzione ad unità sistematica.

Che la disciplina della Banca Centrale Europea sia ispirata ad una logica antisolidaristica è, in effetti, reso evidente dalle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: in primo luogo, l'art. 123, par. 1, TFUE vieta la «concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, così come l'acquisto diretto di titoli del debito pubblico degli Stati membri, da parte della Banca Centrale Europea o delle banche centrali degli Stati membri», così vincolando le modalità di finanziamento dei deficit pubblici attraverso una chiara sottoposizione degli Stati al continuo *giudizio/controllo* dei mercati finanziari, secondo lo spirito dello streeckiano Stato debitore, amplificato dalle dinamiche disordinanti generate dalla libera circolazione dei capitali (che, non a caso, era circondata da ampie cautele nel Trattato di Roma, ma venute gradualmente meno con l'Atto Unico Europeo e con il Trattato di Maastricht¹⁷⁷).

Inoltre, l'art. 124 preclude alle stesse istituzioni «qualsiasi misura, non basata su considerazioni prudenziali, che offra [...] un accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie»; l'art. 125, par. 1, poi, prevede chiaramente che né l'UE né gli Stati membri sono responsabili o subentrano agli impegni finanziari altrui, escludendo il ruolo della BCE come prestatore di ultima istanza. È, quest'ultimo, il c.d. principio del *no bail out*, espressione dell'idea di un disciplinamento fiscale degli Stati membri e, nelle intenzioni dei redattori del Trattato, uno dei capisaldi della credibilità del sistema, facendo leva sulle «virtù 'pedagogiche' dei mercati finanziari»¹⁷⁸. Sicché, come la sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2012, C-370/2012, *Pringle*, ha affermato, «il divieto stabilito

¹⁷⁷ Cfr. W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2013, p. 54 ss. e p. 85 ss., che riflette ampiamente sul rapporto condizionante tra progressiva liberalizzazione del mercato dei capitali e crisi fiscale dello Stato (consacrando il passaggio dallo Stato fiscale allo Stato debitore sino allo Stato consolidato).

¹⁷⁸ Cfr. R. Cabazzi, *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 55-56.

dall'art. 125 TFUE garantisce che gli Stati membri restino soggetti alla logica del mercato allorquando contraggono debiti, la quale deve spingerli a mantenere una disciplina di bilancio».

Il modello tedesco, trasposto a livello europeo, ha “dato vita ad un’innovazione importante nel costituzionalismo occidentale”, introducendo un nuovo fine costituzionale di stabilità, che si accompagna alla ridefinizione dell’assetto dei poteri statali secondo un modello di democrazia poliarchica non lineare, per usare le categorie di Predieri sensibili alla lezione di Dahl, che attribuisce “una funzione di decisione politica di importanza fondamentale per la *politeia* ad un organo estraneo al sistema corpo elettorale-parlamento-governo, indipendente nello spazio di quel sistema come dai tempi del sistema stesso e che è contemporaneamente *decisore* e *garante*, perché custode della costituzione economica”¹⁷⁹, un vero e proprio *Hüter der Wirtschaftsverfassung*. Un soggetto, quindi, titolare di un potere di indirizzo politico – il che non stupisce, atteso che è connaturato al vigente ordine monetario internazionale del *fiat standard* che l’emissione della moneta avente corso legale sia il frutto di una decisione politica¹⁸⁰ – ma con una legittimazione tecnocratica, estranea al circuito democratico, e garanzia di piena indipendenza: “la banca centrale” – continua Predieri – “è un decisore, organo di indirizzo politico, le cui attribuzioni sono in contrasto con il modello lineare del governo parlamentare”, in quanto “è decisore che decide come il governo o come il parlamento [...], ponendosi come organo omogeneo ad essi per le sue decisioni, ma non fondato su un principio democratico maggioritario né per la sua formazione né per la sua responsabilità, che non c’è in quanto contrastante con l’indipendenza, collocandosi in una diversa accezione di democrazia non elettivo-maggioritaria, ma costituzionalmente egualitaria, in quanto istituzione che per struttura e procedimenti tratta una scelta non vincolata alla legge, come fa il giudice, ma con piena discrezionalità politica dà attuazione al fine costituzionale di garantire la stabilità dei prezzi”¹⁸¹.

Il *regime monetario europeo*, a ben vedere, rappresenta pressoché un *unicum*, nella sua rigidità, avendo realizzato il programma della *Constitutional Political Economy* di Buchanan (v. *supra*, nota 68), atteso che la sua indipendenza è affermata nei Trattati, e

¹⁷⁹ A. Predieri, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 247-248. La metafora del “custode della costituzione economica” è stata ripresa recentemente anche da G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, trad. it., Bruno Mondadori, Milano, 2012, p. 133.

¹⁸⁰ O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, cit., pp. 261-263.

¹⁸¹ A. Predieri, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., pp. 270-271.

perciò rileva sia nei confronti degli esecutivi sia nei confronti dei Parlamenti nazionali: l'obiettivo qualitativo è, dunque, predeterminato da una fonte superiore (rappresentata dal Trattato, che, nella logica del principio della *primauté*, è sovraordinato alle stesse Costituzioni nazionali), mentre l'individuazione degli obiettivi quantitativi è rimessa esclusivamente alla Banca medesima. Un modello così rigidamente previsto e applicato pone evidenti tensioni rispetto all'effettività del principio democratico e al principio lavorista, in relazione alla determinazione degli indirizzi di politica economica: il combinato disposto del fine della stabilità dei prezzi e dell'indipendenza pressoché assoluta della BCE rende oltremodo difficile l'attuazione di politiche economiche di segno diverso a quelle neoliberiste, in particolare le politiche keynesiane, potendo queste ultime essere ragionevolmente perseguite solo a condizione che da parte della banca centrale vi sia un atteggiamento consenziente.

Oltretutto, nonostante i dogmi della teoria quantitativa della moneta, la politica monetaria non è affatto neutrale, né lo è, *a fortiori*, il fine della stabilità dei prezzi, né, ancora, è la sola offerta di moneta a condizionare l'inflazione: non soltanto, infatti, a determinare l'inflazione, oltre alla regolazione della quantità di moneta circolante, sono le stesse dinamiche dell'economia reale (in primo luogo, i costi di produzione, il costo delle materie prime, il costo del lavoro) – tant'è vero che la teoria economica più accorta distingue diverse cause dell'inflazione (ed è questa, in fondo, anche la ragione per cui l'attuale politica monetaria restrittiva della BCE sta ricevendo autorevoli critiche, in quanto essa intenderebbe combattere con approccio monetarista un'inflazione dovuta essenzialmente ad una dinamica dell'economia reale, e segnatamente gli alti costi delle materie prime¹⁸²) – ma, come già Keynes aveva intuito, “bisogna avere chiaro quali siano gli interessi sociali colpiti dall'inflazione e quali dalla deflazione: nel primo caso le vittime sono soprattutto i *rentiers* e quei lavoratori che non hanno la possibilità di difendere il potere di acquisto dei salari attraverso meccanismi di indicizzazione degli adeguamenti retributivi, nel secondo caso a essere colpite sono la classe imprenditoriale e, soprattutto, la classe lavoratrice nel suo complesso”¹⁸³. La politica monetaria, dunque, è tutto fuorché neutrale, nella misura in cui individua le condizioni di solvibilità degli attori del sistema economico, e perciò

¹⁸² Su cui, da ultimo, v. F. Saraceno, *Oltre le banche centrali. Inflazione, disuguaglianza e politiche economiche*, Luiss University Press, Roma, 2023.

¹⁸³ O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, cit., p. 312. Cfr. J. M. Keynes, *Esortazioni e profezie*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 2011, pp. 87-88.

decidendo, con funzione regolatoria e neutralizzatrice, del “conflitto tra capitali solvibili e capitali insolventi, tra creditori e debitori e, in una unione monetaria, tra nazioni in attivo e nazioni in passivo”¹⁸⁴.

Ancora, il combinato disposto tra l’obiettivo (primario) della stabilità dei prezzi e la separazione tra politica monetaria (di competenza europea) e politica economica (di competenza nazionale) apre ad un ulteriore aspetto di contraddizione, che renderebbe evidente il motivo per cui è in atto un *mutamento di costituzione economica*, nella misura in cui al fine politico-economico fondamentale della piena occupazione è andato affiancandosi un fine diverso.

La separazione tra politica economica (politiche fiscali e di bilancio) e politica monetaria, infatti – accompagnata alla sottoposizione della prima al coordinamento europeo secondo criteri orientati alla convergenza necessaria per assicurare l’unione monetaria (e, conseguentemente, per l’effettiva applicazione degli indirizzi unitari di politica monetaria)¹⁸⁵ – di fatto finisce col subordinare la prima alla seconda: se, infatti, l’obiettivo della politica economica è, per il diritto europeo, l’equilibrio finanziario, nell’ottica di assicurare quella convergenza minima che rappresenta il presupposto necessario per un’unione monetaria, allora vuol dire – per inferenza logica – che, in ultima istanza, la politica economica è subordinata alla necessità di garantire l’*unità della politica monetaria*. Il che apre ad evidenti criticità sul piano della coerenza del sistema costituzionale: in primo luogo, in quanto, se le politiche economiche nazionali sono funzionalizzate alla reciproca convergenza, per assicurare l’unità della politica monetaria, allora ciò comporta che il fine della politica monetaria è al contempo, logicamente, un *fine indiretto* della stessa politica economica (sicché diviene chiaro che parlare di separazione è intrinsecamente contraddittorio, dal punto di vista logico, perché significherebbe velare la funzionalizzazione della politica economica a quella monetaria); in secondo luogo, in quanto il suddetto fine *indiretto* è la stabilità dei prezzi, che, però, nella prospettiva costituzionale italiana, non può essere considerato un fine in sé, semmai uno dei (tanti)

¹⁸⁴ E. Brancaccio, *La democrazia sotto assedio. La politica economica del nuovo capitalismo oligarchico*, Piemme, Milano, 2022, p. 90: per l’Autore, quindi, “lungi dal preservare un immaginario equilibrio concorrenziale”, le banche centrali contribuiscono “a regolare una fondamentale legge di movimento del capitalismo, vale a dire la tendenza verso la ‘centralizzazione dei capitali’ in sempre meno mani”.

¹⁸⁵ Su tutti, i criteri di convergenza di Maastricht e i parametri del Patto di Stabilità e Crescita. In prospettiva critica, v. M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione Europea*, cit., *passim*, e R. Cabazzi, *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*, cit., *passim*.

mezzi (ché invece il *fine politico-economico fondamentale* – come tante volte lo abbiamo definito – è la piena occupazione).

Più in particolare, la stabilità dei prezzi come obiettivo primario della politica monetaria europea pone un motivo di tensione irriducibile con l'ordito costituzionale italiano, attraverso un'indebita *gerarchizzazione* dell'ordine di priorità¹⁸⁶. Basti qui ricordare, per cogliere la radicalità del ribaltamento di obiettivi rispetto alla Costituzione italiana, le considerazioni di Federico Caffè, il quale riconosceva chiaramente – secondo un'ottica analitica che esprime il *proprium* della disciplina costituzionale dell'economia – che “all'obiettivo della creazione di nuovi posti di lavoro deve accompagnarsi quello della riduzione del tasso di inflazione, ma in *questo* ordine di priorità, e soprattutto senza alcuna concessione all'aspettativa che la maggiore stabilità sia di per sé in modo automatico creatrice di maggiore occupazione”¹⁸⁷.

L'unica strada per salvaguardare la coerenza del sistema costituzionale è l'applicazione della teoria dei controlimiti¹⁸⁸, sebbene sia chiaro, anche a chi scrive, quanto possa esser difficile che essa trovi una generalizzata affermazione nella pratica della Corte costituzionale (sebbene la *saga Taricco* possa rappresentare, in tal senso, un utile precedente, sia pur in materia penale).

Il principio lavorista, e segnatamente l'obiettivo costituzionale della piena occupazione, dovrebbe, allora, essere valorizzato quale *controlimite* all'operatività, nell'ordinamento giuridico interno, di atti giuridici (regolamenti, decisioni e indirizzi) della BCE che non lo tengano in adeguata considerazione, sicché sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale operi una puntuale verifica, secondo il sindacato condotto in base al parametro integrato da una norma di scopo; valutazione, quindi, che potrebbe aprire ad un controllo, simile a quello operato dal *Bundesverfassungsgericht*, sino all'*extrema ratio* della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'ordine di esecuzione dei Trattati europei *nella parte in cui* consentono l'ingresso, nell'ordinamento italiano, di *singoli e specifici* atti vincolanti della BCE incompatibili con la finalità, costituzionalmente imposta, della piena occupazione.

¹⁸⁶ M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione Europea*, cit., p. 113.

¹⁸⁷ F. Caffè, *Contratti e occupazione*, ora in Id., *La solitudine del riformista*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, p. 227.

¹⁸⁸ Ritieni che il ricorso alla teoria dei controlimiti sia un valido strumento tecnico-giuridico per impedire che si producano (ulteriori) “buchi e lacerazioni in quell'esteso e informe spazio che è la costituzione economica”, R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, cit., p. 14.

Se questo è il quadro, configurare un *mutamento di costituzione economica* non sarebbe operazione peregrina: peraltro, si tratterebbe di un concetto già scandagliato in sede teorica da Vital Moreira, muovendo dalla (prima) definizione di costituzione economica come *garanzia giuridica di una concreta forma economica di un determinato sistema economico*, cioè, come si è ricordato, come garanzia di una certa modalità di manifestazione che può assumere un *sistema economico* dato da un determinato modo di produzione (ad esempio, la forma concorrenziale del sistema economico capitalistico, a sua volta dato dal relativo modo di produzione).

La distinzione tra la *forma* di un sistema economico e il *sistema* stesso, allora, agevolerebbe la comprensione del fatto che, sul piano teorico, è ammissibile una trasformazione profonda della costituzione economica senza che, per ciò solo, ne risulti una trasformazione del sistema economico complessivo¹⁸⁹, vale a dire un mutamento della *forma* di un sistema, *pur a sistema invariato*. Si tratterebbe, quindi, di una categoria ermeneutica particolarmente utile per spiegare anche le trasformazioni della stessa costituzione economica italiana, la quale, nell'ambito di un medesimo sistema economico (capitalistico), ha nondimeno subito una trasformazione, nel quadro dell'integrazione euro-unitaria, in senso neoliberale.

Tuttavia, se *forma* e *sistema* rappresentano, nella teoria di Moreira, delle determinanti strutturali, secondo la (rigida) metodologia marxista, sicché sono essi a condizionare, secondo il rapporto struttura-sovrastuttura, gli stessi mutamenti costituzionali generalmente intesi, al contrario, muovendo dalla teoria della costituzione economica come parte della costituzione materiale in senso mortatiano, la *forma* esprimerebbe il *fine politico-economico fondamentale* assegnato al *sistema* economico dalle forze reggitrici della costituzione materiale, ragion per cui un mutamento di costituzione economica in tanto è configurabile, sul piano teorico, in quanto a quel *fine* si affianchino o sostituiscano nuovi fini politico-economici fondamentali.

Ed è il caso, appunto, per le ragioni su esposte, del mutamento della costituzione economica italiana nel contesto multilivello, indotto (nell'approfondirsi del processo di integrazione euro-unitaria), dal (nuovo) *fine* (ché, invece, per l'ordinamento italiano esso sarebbe semplicemente un *mezzo*) della stabilità dei prezzi.

Il mutamento di costituzione economica, però, finisce col trascinar seco anche la costituzione materiale nel suo complesso, attesa l'unità e indivisibilità della costituzione

¹⁸⁹ V. Moreira, *Economia e Constituição. Para o conceito de constituição económica*, cit., p. 52.

(che proprio l'impiego della nozione di costituzione in senso materiale contribuisce a rafforzare), sicché un *mutamento* di tal genere può essere ricondotto nel novero delle “trasformazioni costituzionali”¹⁹⁰, cioè – per riprendere la categoria applicata da Ackermann nella sua trattazione teorica e comparatistica¹⁹¹ – di quei mutamenti che intervengono in forme diverse da quelle prescritte dalla costituzione (formale) medesima per la propria revisione. Pertanto, accanto alle trasformazioni *revolutionary* (che entrano in vigore per effetto dell'affermarsi di un movimento rivoluzionario di massa, non diversamente da quel fenomeno di “instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale” che, nella teoria giuridica italiana, era stato già elaborato da Santi Romano¹⁹²), alle trasformazioni secondo il modello di *elites construction* (nate da un tracollo spontaneo degli assetti costituzionali precedenti) e a quelle del modello *establishmentarian* (tipico del Regno Unito e connotato da mutamenti gradualisti), si potrebbe aggiungere un ulteriore “idealtipo”, quello della trasformazione della costituzione economica che, per l'indissolubilità che lega il *fine politico economico fondamentale* all'*idea-forza* della costituzione materiale, trascina con sé anche quest'ultima nel suo complesso.

Si sarebbe in presenza, quindi, dell'affermazione di nuovi fini politico-economici fondamentali (la stabilità dei prezzi, in tensione con quello della piena occupazione) da parte delle forze reggitrici della costituzione materiale – e cioè, oggi, venuti meno i partiti di massa, la *classe governante* in senso lato, come la intendeva il tardo Mortati¹⁹³ – ma con una peculiarità, vale a dire che queste hanno inteso promuovere quei (nuovi) fini non già al livello dell'ordinamento costituzionale interno *stricto sensu*, ma – per così dire, indirettamente – come parte di una classe governante transnazionale nell'ottica di un

¹⁹⁰ La categoria di *mutamento* o di *trasformazione* costituzionale è da tempo nota alla dottrina, prevalentemente tedesca e italiana, sin dal classico di Jellinek (G. Jellinek, *Mutamento e riforma costituzionale*, trad. it. parz., Pensa editore, Lecce, 2004) e dal lavoro successivo di Hsu Dau-Lin, sul concetto di *Verfassungswandlung* (cfr. Hsu Dau-Lin, *Verfassungswandlung*, De Gruyter, Berlino-Lipsia, 1932). Critico nei confronti della metodologia di Hsu Dau-Lin, preferendo ricorrere alla “dottrina del moto delle costituzioni”, è M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Dalla Costituzione 'inattuata' alla Costituzione 'inattuale'? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 31 ss. Da ultimo, v. la valorizzazione di questa categoria concettuale in V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023.

¹⁹¹ B. Ackermann, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) – Londra, 2019.

¹⁹² S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 27 ss.

¹⁹³ C. Mortati, (voce) *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, cit., in particolare pp. 162-163

processo di integrazione europea, nato – non a caso – proprio sul terreno dell’economia: pur non trovandoci di fronte ad un vero e proprio *federalizing process* (ove però gli Stati, in particolare quelli egemoni, rivendicano di essere *i signori dei Trattati*), tuttavia si ha innanzi un *mutamento costituzionale* di nuovo segno, nella misura in cui “nell’Unione europea è il solo momento ordinante a essere *in atto*, mentre il prodotto che dovrebbe derivarne è ancora *in potenza*”, sicché. l’ordinamento europeo e gli ordinamenti statali sarebbero “parte di un tutto che è l’Europa unita che li comprende”, cioè una “*entità unitaria eterarchica*”, “frutto della produzione di norme derivanti dai fatti fondamentali che ne costituiscono la struttura *in fieri*”¹⁹⁴.

E qui veniamo, in fondo, anche alla peculiarità dell’atteggiamento della *classe governante* italiana di fronte all’integrazione europea, che essa, il più delle volte, ha inteso genuinamente come un processo costituzionale *in itinere*, così consentendo, attraverso i Trattati, non solo alle limitazioni di sovranità *ex art. 11 Cost.* ma anche – in particolare dall’Atto Unico europeo in poi, come si è visto – ad affiancare di fatto nuovi *fini politico-economici fondamentali* a quelli dell’originaria costituzione materiale (e assorbiti nella costituzione formale), così originando un *mutamento di costituzione economica* che ha portato con sé un complessivo *mutamento costituzionale in itinere*, ovverosia, se si vuole, una trasformazione (in atto) della costituzione materiale a costituzione formale invariata (talora culminata in una revisione costituzionale in senso stretto, come nel caso della legge cost. n. 1/2012).

E proprio questo, invero, rappresenta un punto di osservazione interessante: proprio la circostanza che, per le *forze dominanti* (o, se si preferisce, le nuove forze egemoni, espressione di una ritrovata centralità del capitale, piuttosto che del lavoro) il processo di integrazione euro-unitaria rappresenta un *percorso in atto verso un’Unione sempre più stretta*, sino all’esito della federazione – ma ciò vale per l’Italia, meno per gli Stati (già) egemoni, che escludono questa prospettiva *costituzionale* – rende il mutamento costituzionale *strutturalmente incompleto*: ed è, questa, la caratteristica di contraddizione (e di tensione) più significativa, che restituisce anche la complessità della situazione di *limbo* (o di *interregno*, gramscianamente, se si vuole) nella quale ci si trova attualmente. Il

¹⁹⁴ Così, nella sua raffinata esposizione, A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20/2018, p. 4. Per l’A., invero, queste categorie servirebbero a spiegare il processo di integrazione sovranazionale *in quanto tale*; a parere di chi scrive, invece, semmai ciò vale a intendere il *punto di vista italiano* (*rectius*, della sua *classe governante*, in senso mortatiano) sull’integrazione.

mutamento della costituzione economica, cioè, nei modi descritti, trascina con sé la costituzione materiale nel suo complesso, ma il *mutamento complessivo* non potrà dirsi concluso (ed è perciò *in itinere*) sin quando il processo di integrazione europea non avrà raggiunto l'esito della federalizzazione. Esito che, tuttavia, potrebbe anche non giungere mai, e che, in effetti, sembra ancora ben di là dal venire, sol se si consideri la posizione dello Stato *egemone* tedesco (puntualmente espressa dal suo Tribunale costituzionale) e la ritrovata centralità, nell'attuale contesto bellico, degli Stati dell'Europa orientale (legati ad un'idea di integrazione *milwardiana*, come strumento di proiezione di potenza dello stesso Stato nazionale¹⁹⁵).

La condizione storico-spirituale dell'odierna realtà costituzionale, per parafrasare Schmitt¹⁹⁶, è dunque caratterizzata da una *profonda* (e, allo stato, irriducibile) *contraddizione*: il *mutamento costituzionale* – ossia il mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata – è da (molto) tempo in atto, trainato dal mutamento della costituzione economica (che della costituzione materiale è indivisibilmente parte), ma è ben lungi dal concludersi¹⁹⁷, perché è connesso ad un processo di integrazione sovranazionale che la *classe governante* (politica e dirigente) percepisce come rivolto ad un destino comune europeo, ma che in realtà è ben di là dal venire, per la notevole varietà di approcci all'Europa delle classi dirigenti nazionali. Un *lungo interregno*, per dirla gramscianamente, che svuota lentamente la costituzione materiale originari (assorbita nella Costituzione repubblicana), ma che non è ancora nelle condizioni di transitare ad una dimensione costituzionale autenticamente “altra”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Il riferimento è ad A. Milward, *The European Rescue of the Nation State*, Routledge, Londra, 2000.

¹⁹⁶ C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, trad. it., Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁹⁷ D'altronde, sul piano teorico, il mutamento di costituzione materiale (pur a costituzione formale invariata) è destinato a concludersi pur sempre con l'alterazione della forma sostanziale dello Stato (forma di Stato, regime, sistema, quali concetti che, per Mortati, esprimono l'insieme delle forze politiche e dei fini di cui esse sono portatrici, e che ispirano il complesso normativo). Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 195 ss.

¹⁹⁸ Questa visione prospettica – si badi – diviene utile anche per vagliare correttamente le dinamiche di “neo-interventismo” pubblico nell'economia che recentemente sono andate affermandosi, anche a livello europeo. Il sociologo Gerbaudo, sul punto, segnalando un “ritorno dello Stato” nell'economia, ha parlato addirittura di un nuovo orizzonte ideologico, quello del “neostatalismo”, basato “su un consenso minimo rispetto alla necessità di un maggiore intervento dello Stato” (P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo, Milano, 2022, pp. 10-11). Affermazioni, queste, che necessitano di essere contestualizzate e chiarite.

È vero, da una parte, che l’“abbandono parziale dello stretto imperativo del conservatorismo fiscale e monetario”, il “ritorno del protezionismo commerciale e della politica industriale con l'uso di sussidi, barriere regolative, dazi, difesa della proprietà nazionale delle imprese strategiche”, la “crescente enfasi sul bisogno di una tassazione più equa delle imprese multinazionali e dei grandi patrimoni”, il “recupero di forme di pianificazione indicativa, specie nel contesto della politica ambientale ed energetica” (ivi, p. 11) sembrano

rappresentare tutti fattori costitutivi di un nuovo cambio di paradigma politico-economico, nel quadro di un rifiuto del recente passato neoliberale. Eppure, come lo stesso Gerbaudo riconosce, benché financo la rivista *Foreign Policy* nel 2020, nel pieno dell'emergenza pandemica, ammettesse che "adesso siamo tutti statalisti!", nondimeno manca una coerente dottrina neo-interventista, trovandoci, adesso, proprio "nel momento di passaggio tra due diverse ere ideologiche: da un lato quella neoliberista, segnata da un consenso bipartisan sulla necessità di dare libero sfogo agli 'spiriti animali' dell'iniziativa privata, dall'altro una nuova era [...] 'neostatalista' ", quest'ultima ancor di là dal conoscere una piena affermazione, ma verosimilmente caratterizzata dai nuovi imperativi "controllare e proteggere" (ivi, p. 15)

È evidente, allora, che parlare di una "nuova", anzi di una "nuovissima" costituzione economica (e, conseguentemente, di un parallelo mutamento costituzionale) sarebbe, a questo punto, piuttosto azzardato, se non *in toto* scorretto. Non soltanto, invero, un approccio teorico-sistematico costituzionalistico evidenzerebbe il carattere ancora *in itinere* del mutamento costituzionale, ma, *a fortiori*, questo ragionamento varrebbe per il neo-interventismo, atteso che esso non si è ancora sviluppato in un assetto coerente delle politiche economiche, sicché, se ancora non è chiaramente definito il mutamento di politiche economiche, a maggior ragione non si può parlare di una nuova costituzione economica, caratterizzata da diversi fini politico-economici fondamentali.

Questa complessa transizione a livello di politiche economiche – e non già, lo si ribadisce, di costituzione economica nel suo complesso – è resa evidente anche operando una (breve) disamina delle principali risposte di politica economica e monetaria adottate dalle istituzioni euro-unitarie di fronte agli effetti della pandemia da Covid-19.

In primo luogo, la Banca Centrale Europea ha opportunamente proseguito con l'implementazione di politiche monetarie espansive, in continuità con il programma di *Quantitative Easing* lanciato dal Governatore Draghi negli anni della crisi dell'euro, attraverso un rinnovato piano di acquisti dei titoli del debito pubblico degli Stati dell'Eurozona sul mercato secondario (Pandemic Emergency Purchase Programme, c.d. PEPP, adottato con decisione BCE/2020/17), così immettendo considerevole liquidità nel circuito finanziario. L'impatto delle politiche monetarie espansive è stato giustamente salutato con favore da (pressoché) tutti i decisori politici, dagli istituti bancari e dagli investitori finanziari internazionali, anche per l'importante precisazione, nella decisione della BCE, circa la mancanza di un limite all'acquisto di titoli per ciascuna emissione e circa la possibilità di acquisto dei titoli collocati anche da quei Paesi non più capaci di stare sui mercati obbligazionari.

È chiaro, però, che, anche sul terreno specifico della c.d. costituzione monetaria (impiegando questa espressione con accezione puramente descrittiva), non può parlarsi di un (avvenuto) cambio di paradigma: in primo luogo, restano in piedi tutte le restrizioni poste dai Trattati e dallo Statuto della BCE, sicché la Banca ha proceduto ad un massiccio piano di acquisti sul mercato secondario (immettendo, quindi, liquidità nel sistema finanziario, confermando la logica dell'indebitamento statale sui mercati e con il rischio, sempre presente, di alimentare bolle speculative col passare degli anni), e non già sul mercato primario, permanendo esclusa la possibilità per la BCE di agire come prestatore di ultima istanza con l'acquisto diretto degli stock di titoli di debito pubblico non collocati; in secondo luogo, l'approccio culturale monetarista non è affatto messo in discussione, come evidenzia il fatto che, con l'emergere dell'aumento dell'inflazione (seppur da costi, non da domanda) nel 2022, la BCE è tornata rapidamente ad attuare politiche monetarie restrittive, innalzando i tassi di interesse, così ribadendo la priorità (che rimane sempre saldamente scolpita nei Trattati) del contenimento dell'inflazione su qualsiasi altro obiettivo socialmente connotato, nonostante il rischio che ciò possa alimentare una spirale recessiva e una crescita della disoccupazione.

Tra le misure adottate per fronteggiare l'impatto economico dell'emergenza sanitaria vi è anche il c.d. SURE, cioè il fondo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione, che, pur dovendo conformarsi alle rigide previsioni dell'art. 122 TFUE, è (opportunamente) caratterizzato da minime condizionalità (legate alle opportune evidenze che «l'aumento repentino e severo della spesa pubblica, effettiva ed eventualmente anche programmata direttamente connessa a regimi di riduzione dell'orario lavorativo e a misure analoghe» sia riconducibile «alle circostanze eccezionali causate dall'epidemia», ex art. 6, Regolamento UE 2020/672). Ancora, limitandoci a piccoli cenni, il Piano *Next Generation EU* ha consentito di superare un *tabù*, quello dell'impossibilità di un debito comune europeo e di un sistema di condivisione dei rischi, atteso che il finanziamento di esso è alimentato da prestiti sui mercati finanziari attraverso l'emissione di titoli europei (contestualmente ad un aumento delle risorse proprie dell'Unione per sostenere la crescita delle spese previste nel quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-27). Ciò nel quadro di un vasto programma di sovvenzioni e prestiti (rispettivamente 500 e 250 miliardi di euro, in termini complessivi a livello europeo) nei confronti degli Stati membri in maggiore difficoltà, e di cui l'Italia è il primo fruitore. Una logica solidaristica ed espansiva, questa, che, sia attraverso l'emissione di debito comune sia attraverso la concessione di somme a fondo perduto e l'apertura di linee di credito, apre ad un'autentica condivisione dei

rischi nel quadro di un'Unione che sia, non solo negli intenti, *sempre più stretta*. Eppure, anche il c.d. *Recovery Fund*, lungi dal rappresentare un radicale cambio di paradigma rispetto al recente passato, non può presentare inevitabili ambiguità, attesa la mancata revisione dei Trattati: in primo luogo, la sua base giuridica è individuata nell'art. 175 TFUE, che consente «azioni specifiche che si rivelassero necessarie fuori dai fondi» strutturali già esistenti, sicché il Piano non può non essere inquadrato nell'ottica di un programma meramente temporaneo ed eccezionale; in secondo luogo, proprio la conformità all'art. 175 TFUE è alla base di un complesso regime di condizionalità, che, sebbene presenti opportunamente molteplici riferimenti al vincolo di impiego delle somme ricevute dagli Stati per il perseguimento di obiettivi sociali – la transizione ecologica, la garanzia di una ripresa equa e inclusiva, fondata sulla solidarietà e sull'eguaglianza, il rilancio della sanità pubblica, lo sviluppo dei sistemi di protezione sociale per migliorare la tutela dei lavoratori che ne sono attualmente esclusi –, nondimeno mantiene il richiamo espresso ad obiettivi, di marca ordo- e neo-liberale, peraltro nel quadro di un contributo effettivo per l'implementazione delle raccomandazioni formulate nel contesto del semestre europeo (che, considerando quelle rivolte l'anno precedente all'Italia, continuano a prevedere la riduzione della spesa pubblica); in terzo luogo, infine, dal punto di vista della *governance*, è rafforzata la centralità delle istituzioni intergovernative, atteso il ruolo del Consiglio nell'approvazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, previa valutazione della Commissione, con eventuale coinvolgimento del Consiglio europeo ove anche un solo Stato reputi che vi siano gravi scostamenti dal soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali (aspetti, questi, stigmatizzati da una risoluzione del Parlamento europeo del 23 luglio 2020, che ha manifestato la propria opposizione all'approccio intergovernativo, rivendicando, nel suo ruolo di unica istituzione europea direttamente eletta dai cittadini dell'Unione, la necessità di assicurare un controllo democratico e parlamentare *ex ante* – oltre ad una verifica *ex post* sull'impiego dei fondi – sui piani nazionali).

Sul Piano *Next Generation EU* e sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, cfr., nella dottrina costituzionalistica, E. Catelani, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, pp. 210-221; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, p. IV ss.; Id., *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, paper, 7 settembre 2022; Id., *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *Federalismi.it*, paper, 15 febbraio 2023, pp. 1-23; A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, p. 199 ss.; M. D'Alberti, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni*, in *Federalismi.it*, paper, 15 febbraio 2023; per l'impatto sul sistema delle fonti del diritto, v. E. Cavasino, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, p. 247 ss.; da una prospettiva marcatamente critica, v. F. Salmoni, *Recovery Fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, pp. 1-13; Ead, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Cedam, Padova, 2021, *passim*. Per una visione di insieme sui diversi profili di interesse del PNRR, v., più recentemente, D. De Lungo e F. S. Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023. Sull'auspicata prospettiva di un'Europa sociale, anche nell'ottica di una maggior rispondenza ai principi del costituzionalismo democratico-sociale della tradizione italiana, v. F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, cit., in particolare p. 19 ss. e p. 195 ss.

Emerge, in buona sostanza, che il *neo-interventismo*, affermatosi in special modo durante e dopo l'emergenza pandemia, non può ancora essere considerato come un insieme coerente di politiche economiche né, a maggior ragione, come indice di una nuova – o meglio di un ritorno alla vecchia – costituzione economica. Su quest'ultimo punto, peraltro, come l'analisi già condotta ha inteso dimostrare, l'interventismo statale, nell'ottica del diritto costituzionale italiano, non è certamente un fine in sé, semmai un mezzo proteso al raggiungimento di quei «fini sociali» che l'art. 41, co. 3, proietta sui principi fondamentali della Carta, a partire dal principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2) e dall'obiettivo costituzionale della piena occupazione (art. 4). Rimanendo questi obiettivi ancora piuttosto sopiti nell'attuazione politica, è evidente, allora, che non può dirsi compiuto un cambio di paradigma; in ogni caso, i primi segni di un approfondimento dell'*Europa sociale*, pur tra le descritte ambiguità e contraddizioni, non vanno certamente sottovalutati, e rafforzano la tesi, condivisa da Luciani, per cui la Costituzione repubblicana – ma, prima ancora, il buon senso politico –, richiede un punto di vista *autenticamente italiano* sull'Unione, il che non può non tradursi, sul piano economico, nella promozione di politiche, a livello europeo, *sempre rivolte alla realizzazione dei fini costituzionali* (in primo luogo, la piena occupazione) e, in ultima istanza, nell'impegno ad una riforma dei Trattati necessaria per fornire un contenuto personalistico e sociale ad un'Europa che ne è sostanzialmente

6. Conclusioni: costituzione economica e teoria della costituzione materiale. Interpretazione costituzionale e impegno politico-legislativo.

423

La ricostruzione operata, che ha inteso prospettare una *Begriffsgeschichte* della nozione di *costituzione economica* nella teoria costituzionale, ha evidenziato una polisemia (e una polifonia) tale da respingere la tradizionale distinzione tra i significati meramente descrittivi e prescrittivi. L'analisi dei contributi teorici e dottrinali in tema di *costituzione economica* non è stata, perciò, soltanto un'operazione di storia concettuale o di *archeologia* dei saperi, semmai essa si è rivelata strettamente funzionale alla parte propositiva di questo studio: in altre parole, proprio la complessità della nozione (e degli usi) dell'espressione *costituzione economica* nella storia costituzionale delle idee ha consentito di cogliere il nodo inestricabile dei rapporti tra politica, diritto ed economia, da cui muove la prospettazione della teoria (*con* Mortati e *oltre* Mortati) della costituzione economica come parte della costituzione in senso materiale.

Questo approccio ha reso possibile il riconoscimento dell'inscindibilità di politica ed economia, rifiutando, in particolare – e con ciò ponendosi oltre il doppio speculare determinismo dei liberisti e dei marxisti –, quell'*autonomia dell'economico* che ha sovente rappresentato il *non-detto* di numerose teorie della costituzione economica.

È dal *fine politico fondamentale* della costituzione materiale, invece, che può essere fatta discendere l'esistenza di un *fine politico-economico fondamentale* quale traslazione politico-economica dell'*idea-forza* mortatiana. Se questo è il presupposto sul piano teorico, allora diviene evidente che, dal punto di vista del diritto positivo, applicando siffatto metodo alla Costituzione repubblicana, l'obiettivo della piena occupazione (*arg. ex art. 4 Cost.*) viene a rappresentare il *fine politico-economico fondamentale* e, conseguentemente, il *principio unificatore della costituzione economica* che, al contempo, rende quest'ultima non un universo a sé stante, ma, al contrario, una *determinazione interna all'unità complessiva della Costituzione* (accogliendo, così, l'invito metodologico di Irti) in quanto

monca, adeguando essi (e non viceversa) ai valori fondanti della Repubblica (M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 79).

proiezione nell'economia dell'idea-forza che anima l'intera costituzione materiale (e cioè il *lavoro*, il quale difatti è posto a fondamento della Repubblica democratica, ex art. 1 Cost.).

In quest'ottica, dunque, è possibile rifondare la teoria della costituzione economica a partire dalla costituzione materiale, dal che discendono (o, quantomeno, possono discendere) precisi sviluppi nella *pratica costituzionale*:

1) *Una rafforzata interpretazione sistematica delle norme costituzionali*: l'accoglimento di questa precisa opzione teorica consentirebbe sia di interpretare le norme costituzionali sui rapporti economici senza arbitrarie separazioni interne (cogliendo lo spirito unificatore alla base degli artt. 35 e 47 Cost., e senza isolare gli artt. 41 ss. come espressione di un corpo autonomo di disposizioni) sia di valorizzare, sulla scia di autorevole dottrina, i concetti-valvola contenuti negli artt. 41 ss. in rapporto con gli artt. 1 e 4 Cost.

2) *Il riconoscimento della primazia del lavoro*: si tratterebbe di accantonare definitivamente quelle antiche visioni che consideravano l'art. 1 Cost. come espressione di una mera dichiarazione retorica, cogliendo in essa – al contrario – l'*idea-forza* promanante dalla costituzione materiale. Ciò implicherebbe, al contempo, il rifiuto di un *eguale bilanciamento* tra i diritti costituzionalmente riconosciuti (a differenza della logica sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che infatti prevede una disposizione generale – l'art. 52 – per le limitazioni ai diritti ivi previsti, da cui discende un'iper-valorizzazione del principio di proporzionalità): il che, si badi, non significherebbe certo affermare una *tirannia* del lavoro (tanto come valore obiettivo quanto come diritto soggettivo), semmai riconoscere che il bilanciamento che il legislatore – segnatamente, per quanto ci interessa, in materia economico-sociale – è chiamato ad operare (e su cui vigila la Corte costituzionale) non muove, per rimanere in metafora, da *piatti eguali* nelle condizioni di partenza, atteso che la bilancia costituzionale non può non pesare maggiormente il principio lavorista (e i suoi corollari). Non si tratterebbe – si ribadisce – di sancirne una *tirannia* – ché anzi, allorché si ha a che fare con i diritti fondamentali, il loro contenuto essenziale deve essere sempre ritenuto intangibile –, quanto piuttosto di riconoscere al lavoro un *peso rafforzato* nelle operazioni di bilanciamento (cosa che, in taluni luoghi della giurisprudenza costituzionale, non è andata sempre emergendo).

3) *L'affermazione del principio lavorista (e dell'obiettivo costituzionale della piena occupazione) come controlimite*: il riconoscimento dell'obiettivo costituzionale della piena occupazione come principio-guida della costituzione economica, direttamente riconnesso

all'idea-forza della costituzione materiale nella sua funzione unificatrice, ne implica l'inclusione nel novero dei *controlimiti* all'operatività nell'ordinamento interno di norme incompatibili del diritto euro-unitario (e del diritto internazionale generale).

Quest'approccio è suscettibile di determinare punti di tensione – a titolo esemplificativo – con il ruolo e le politiche della Banca Centrale Europea, come si è ricordato – ma con riserva di ulteriore approfondimento in altra sede – atteso che essa, ai sensi dell'art. 127 TFUE, opera secondo il fine prioritario della stabilità dei prezzi (e, solo fatto salvo quest'obiettivo, sostiene la politica generale dell'Unione). Se è vero, allora, che l'art. 4 Cost., in collegamento con l'art. 1, esprime il *fine politico-economico fondamentale* quale declinazione dell'idea-forza della costituzione materiale, ponendo – come norma di scopo – un obiettivo per l'azione di tutti i pubblici poteri – ivi compresa, evidentemente, anche la Banca d'Italia, che pure del SEBC è parte –, potrebbe essere invocata la teoria dei *controlimiti* rispetto all'operatività, nell'ordinamento giuridico interno, di regolamenti, decisioni e indirizzi della BCE che non tengano in adeguata considerazione l'obiettivo della piena occupazione, attraverso una verifica, secondo il sindacato condotto in base al parametro integrato da una norma di scopo, della assoluta insuscettibilità della norma censurata “a raggiungere il fine stesso”, oppure “del contrasto radicale con il medesimo”, o, ancora, “sotto il profilo della minore congruenza della scelta medesima rispetto ad altre possibili” (v. *supra*); valutazione, quindi, che può pervenire alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'ordine di esecuzione dei Trattati europei *nella parte in cui* consentono l'ingresso, nell'ordinamento italiano, di atti vincolanti della BCE incompatibili con la finalità, costituzionalmente imposta, della piena occupazione. In quest'ottica, la *limitazione* di sovranità resa possibile dall'art. 11 Cost. – che non può certo essere considerato una *supernorma*, se è vero che “non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione”¹⁹⁹ – reca con sé la *contro-limitazione* del fine costituzionale della piena occupazione, sicché un'autorizzazione del legislatore nazionale alla limitazione della sovranità non può ignorare il disposto dell'art. 4 Cost. (neppure, quindi, in materia di governo sovranazionale della moneta).

4) *La necessità di un impegno politico-legislativo per l'attuazione dei fini costituzionali*: se i primi tre corollari della teoria qui prospettata si rivolgono, anzitutto, all'interprete (e segnatamente al giudice costituzionale), il quarto – e più significativo – si rivolge al

¹⁹⁹ M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 79.

legislatore. Il riconoscimento della centralità dell'obiettivo costituzionale della piena occupazione – come principio-guida della costituzione economica – in rapporto all'idea-forza del lavoro quale fondamento della Repubblica democratica implica, per il legislatore, un vincolo di scopo. Ed è il legislatore, a ben vedere, il primo soggetto chiamato a realizzare i fini della costituzione – e della costituzione economica come determinazione interna all'unità complessiva della costituzione –, cioè ad attuare nella legislazione ordinaria i fini costituzionali.

E sono le forze politiche, in ultima istanza, a dover riscoprire la centralità del lavoro e della piena occupazione nel definire le politiche economiche a livello interno (e, a livello sovranazionale, nel concorrere a determinare le politiche europee).

Se i partiti, che sono i primi soggetti reggitori della costituzione materiale (e *portatori* dei fini fondamentali che da essa promanano) abdicano al proprio compito, alla propria missione (costitutiva e costituzionale), allora è proprio la Costituzione nella sua unità e nella sua portata politica e normativa complessiva ad entrare in crisi.

La crisi della costituzione economica sottesa alla Carta repubblicana del '48, in fondo, è parte (decisiva) di quel più generale processo di crisi della costituzione materiale – e dei suoi attori protagonisti, i partiti – che, sullo sfondo dei fattori condizionanti rappresentati dalla globalizzazione e dall'approfondirsi dell'integrazione sovranazionale, appare sempre più manifesto, se non irreversibile.

La dottrina della costituzione economica come parte della costituzione materiale mortatiana, allora, intende essere anche una reazione di fronte all'ormai endemica *decostituzionalizzazione* dell'economia, ribadendo la piena normatività (e il primato) della Costituzione e l'inestricabile nodo gordiano che lega politica, diritto ed economia, e che vincola quest'ultima, come dimensione non autonoma, al perseguimento dei *fini politici fondamentali* promananti dalla costituzione materiale e consacrati nella Costituzione formale.

Abstract: Il saggio affronta il tema della *costituzione economica* muovendo da una proposta tassonomica complessa, protesa a distinguere i plurimi usi e significati della nozione alla luce di una breve rassegna critica delle principali posizioni dottrinali. La classificazione prospettata è prodromica alla presentazione di una teoria alternativa, volta ad inquadrare la costituzione economica nell'ambito della costituzione materiale (mortatianamente intesa) come *determinazione interna all'unità complessiva della costituzione* (così accogliendo

l'invito di Natalino Irti) attraverso l'individuazione di un *fine politico-economico fondamentale* inteso come declinazione dell'*idea-forza* della costituzione materiale. Questa ricostruzione teorica consente – sul piano del diritto positivo – di inquadrare la costituzione economica italiana attorno al fine della piena occupazione (obiettivo costituzionalmente rilevante *ex art. 4 Cost.*), considerato come proiezione sul piano economico dell'*idea-forza* del lavoro (posto a fondamento della Repubblica *ex art. 1 Cost.*). Correlativamente, emerge la configurazione costituzionale di un'*economia mista finalisticamente orientata*, grazie alla valorizzazione dei *principi-valvola* di cui agli artt. 41 ss. interpretati sistematicamente con gli artt. 1 e 4 Cost. La chiave analitica prescelta è impiegata, infine, per analizzare criticamente l'impatto del processo di integrazione europea sulla costituzione economica, prospettando problematicamente un mutamento di costituzione materiale a costituzione formale invariata come nuovo genere di trasformazione costituzionale.

Abstract: The essay deals with the theme of the *economic constitution* starting from a complex taxonomic proposal, aimed at distinguishing the multiple uses and meanings of the notion in the light of a brief critical review of the main doctrinal positions. The prospected classification is prodromal to the presentation of an alternative theory, aimed at framing the economic constitution within the ambit of the material constitution (in the sense of Costantino Mortati) as an *internal determination of the overall unity of the constitution* (so accepting the invitation of Natalino Irti) through the identification of a *fundamental political-economic end* as a declination of the *idea-forza* of the material constitution. This theoretical reconstruction thus allows – on the level of positive law – to frame the Italian economic constitution around the goal of full employment (constitutionally relevant objective pursuant to Article 4 of the Constitution), considered as a projection on the economic level of the *idea-force* of work (placed at the foundation of the Republic pursuant to Article 1 of the Constitution). Correlatively, the constitutional configuration of a *finalistically oriented mixed economy* emerges, thanks to the enhancement of the *valve-principles* referred to in articles 41 et seq. systematically interpreted with the articles 1 and 4 Const. Finally, the chosen analytical key is used to critically analyze the impact of the European integration process on the economic constitution, prospecting problematically a change of material constitution with unchanged formal constitution as a new kind of constitutional transformation.

Parole chiave: costituzione economica – costituzione materiale – fine politico-economico fondamentale – economia mista finalisticamente orientata – trasformazione costituzionale.

Keywords: economic constitution – material constitution – fundamental political-economic end – finalistically oriented mixed economy – constitutional transformation.

I DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ISTITUTO DELLA REVOCA DELLA CITTADINANZA EX ART. 10-BIS, L. N. 91/1992: PROFILI CRITICI DI UN AUTOMATISMO SANZIONATORIO*.

di Simonetta Trozzi**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La peculiarità della disciplina nazionale dell'istituto della cittadinanza: l'ancoraggio al principio della sovranità popolare e il vincolo costituzionale dell'unitarietà. Il paradigma costituzionale della cittadinanza. – 3. L'acquisto della cittadinanza nel moderno Stato democratico: la centralità del criterio dello *ius sanguinis*. – 4. L'istituto della revoca ex art. 10-bis, l. n. 91/1992 e i dubbi di legittimità in ordine ai parametri di cui agli artt. 22 e 3 Cost. – 5. L'automatismo sanzionatorio della revoca e il principio della finalità rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost. – 6. L'art. 16, co. 2, Cost. e la ricostruzione dell'interesse pubblico sotteso alla *ratio* della revoca tra tutela della sicurezza pubblica o violazione dell'obbligo di lealtà. Il raffronto con le altre cause ostative al riconoscimento-mantenimento della cittadinanza. – 7. La violazione di norme sovranazionali: il concetto di cittadinanza fuori dai confini nazionali e il trascinarsi verso casi di apolidia. – 8. Conclusioni. Quale identità per la cittadinanza nazionale nel sistema dei principi costituzionali?

1. Premessa.

Il presente contributo si propone di analizzare la presenza di profili di incostituzionalità e di incompatibilità con i principi generali dell'ordinamento che contraddistinguono la fattispecie della revoca della cittadinanza (o c.d. denazionalizzazione) per condanna penale ex art. 10-bis, legge 16 agosto 1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*¹. Il dettato della disposizione in oggetto prevede che la cittadinanza italiana, se acquisita per opzione al diciottesimo anno del nato in Italia, per matrimonio o per naturalizzazione (art. 4, co. 2, artt. 5 e 9, l. n. 91/1992) è revocata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, entro il termine perentorio di tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna definitiva per alcuni reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico².

* Sottoposto a referendum.

** Dottoranda di ricerca in Legalità, Culture politiche e Democrazia – Università degli Studi di Perugia.

¹ L'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 c.d. *Decreto legge sicurezza*, convertito dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132 ha introdotto nell'impianto della legge n. 91/1992 l'art. 10-bis.

² Ai sensi dell'art. 10-bis è disposta la revoca della cittadinanza italiana in caso di condanna definitiva «per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies.2, del codice penale». Si tratta, in particolare, di delitti: 1) commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni; 2) di ricostruzione, anche

Proprio tale formulazione sollecita l'opportunità di una rinnovata riflessione sul tema dal momento che la disposizione null'altro dice sui criteri di applicazione, così facendo intendere che in punto di dettato normativo l'applicazione della misura si traduca in un mero automatismo applicativo che segue alla condanna, pur dovendo prendere atto che a rendere ancora più complesso lo scenario è la constatazione che i primi casi di potenziale applicazione di questa disposizione hanno dato esiti diversi, essendo stata in almeno un caso non applicata la revoca³.

Inoltre, quest'ultima è stata da taluno definita una *decadenza* per punizione, ponendo dubbi di compatibilità con il principio cardine del nostro ordinamento secondo il quale qualsiasi pena, che sia principale o accessoria, deve essere individualizzata. L'automatismo applicativo – in questi termini, vera e propria sentenza in forma di legge – non permetterebbe invece di individualizzare l'applicazione della misura, escludendo dalla decisione il giudice.

2. La peculiarità della disciplina nazionale dell'istituto della cittadinanza: l'ancoraggio al principio della sovranità popolare e il vincolo costituzionale dell'unitarietà. Il paradigma costituzionale della cittadinanza.

Prima di approfondire il tema specifico appare opportuno soffermarsi sul ruolo che l'istituto della cittadinanza riveste nell'ordinamento democratico.

L'istituto della cittadinanza, nell'esperienza giuridica contemporanea, è strettamente legato alla concezione democratica del moderno Stato di diritto. È il principio della sovranità popolare, proclamato nel secondo comma dell'art. 1 Cost., inteso quale diritto e dovere del cittadino di partecipare alla formazione dell'ordinamento giuridico, a suggellare tale

sotto falso nome o forma simulata, delle associazioni sovversive delle quali sia stato ordinato lo scioglimento; 3) di partecipazione ad una banda armata; 4) di fiancheggiamento e assistenza ad attività eversive o con finalità di terrorismo; 5) nonché di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies c.p.

³ L'istituto della revoca ha trovato una sua prima applicazione già nel 2019, per l'ex cittadino italiano A. M., conosciuto come *pugile dell'Isis*, di origine marocchina, condannato a 6 anni di reclusione per terrorismo internazionale. Sempre nel 2019 O. S., conducente di origine senegalese, dirottò un bus con a bordo 51 tra adulti e bambini. Per quest'ultimo la condanna per attentato con finalità terroristiche a 24 anni di reclusione è intervenuta nel 2020, poi ridotta dalla Cassazione nel 2022 a 19 anni, ma nessun decreto di revoca è stato successivamente adottato, sebbene il dibattito dottrinale sull'istituto si fosse, all'epoca, riaperto.

legame⁴. Solo nello Stato democratico, infatti, può dirsi che il legame tra il cittadino e lo Stato acquisti la sua massima espressione per il tramite del principio di uguaglianza e del suffragio universale, entrambi elementi della sovranità popolare.

Ne deriva che apportare cambiamenti ai criteri sia di acquisto che di perdita della cittadinanza pone una serie di questioni direttamente riguardanti l'attribuzione della sovranità al popolo.

Prestare attenzione alla peculiarità delle fonti di disciplina della cittadinanza – prevalentemente di rango legislativo ma di pregnanza costituzionale – consente altresì di rilevare come il ragionamento normativo sulla cittadinanza, stante la natura di *status* prodromico e trasversale dell'istituto rispetto a tutti gli altri diritti⁵, non possa prescindere dalla Costituzione⁶. Tale osservazione risulta ancora più pregnante se intesa quale un ossimoro. Invero, la disciplina dell'acquisto e della perdita della cittadinanza è contenuta in disposizioni di legge ordinaria mancando nel testo costituzionale principi espressi o leggi costituzionali in materia.

Si aggiunge dunque alle previsioni di decadenza dalla cittadinanza per accettazione di un impiego o di una carica pubblica in uno Stato o ente estero (art. 12, l. n. 91/1992), e si confronta, necessariamente e più in generale, con i casi di preclusione all'acquisto per condanna penale o per motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, l. n. 91/1992), l'istituto della revoca della cittadinanza (art. 10-*bis*, l. n. 91/1992).

L'introduzione di tale istituto, tramite il quale per la prima volta nell'ordinamento giuridico

⁴ Il rilievo che l'istituto della cittadinanza ha in rapporto all'esercizio della sovranità popolare deriva dalla constatazione per cui la cittadinanza è *status* che spetta ad ogni singola persona componente il popolo e non a quest'ultimo unitariamente considerato. In tal senso e per il rapporto tra sovranità popolare e rappresentanza politica si veda A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998, in partic. p. 89. Così anche P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1/2017, pp. 1-20, in partic. p. 7.

⁵ Così L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, in partic. p. 281, il quale afferma che “la cittadinanza, che al tempo della Rivoluzione francese fu concepita come fattore di inclusione e di negazione di tutte le differenziazioni giuridiche di *status* [...] è oggi la sola differenza per nascita sopravvissuta alle tante differenziazioni personali che in suo nome erano state soppresse. La cittadinanza [...] configurandosi come un “diritto ad avere diritti” si è trasformata in un privilegio di *status* che compromette non soltanto la democrazia politica, ma anche la dimensione sostanziale della democrazia costituzionale”. Adotta un approccio storico-teorico E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, in partic. p. 8 il quale ricostruisce l'originario valore neutro del concetto di cittadinanza. Per l'accostamento della prospettiva filosofica e storico-politica a quella giuridica sulla cittadinanza si vedano anche AA. VV., *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, F. Bilancia, F.M. Di Sciullo e F. Rimoli (a cura di), Roma, 2008; in rapporto alla cittadinanza nell'età post-nazionale si veda D. Porena, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, 2011.

⁶ Per il rapporto tra cittadinanza e Costituzione si rinvia in particolare a M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997; E. Castorina, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano, 1997.

repubblicano ha trovato ingresso in rapporto allo *status civitatis* il termine «revoca», prima prevedendosi solo cause di perdita o di preclusione⁷, merita di essere considerata dando rilievo, ai – seppur scarni, ma vitali – principi che strutturano la garanzia minima del paradigma costituzionale della cittadinanza che rendono materia costituzionale le leggi ordinarie che danno ad esso attuazione. Tra questi, in particolare, il divieto di privazione della cittadinanza per motivi politici (art. 22 Cost.), strettamente correlato – in questa particolare materia – al principio di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.), il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), nonché il necessario rispetto dei principi riguardanti il rispetto degli obblighi internazionali di cui agli artt. 10 e 117, co. 1, Cost. Ad essere coinvolto risulta anche l'art. 16, co. 2, Cost., ossia la libertà d'espatrio.

Sebbene sia stato autorevolmente rilevato come “una costituzionalizzazione delle norme sulla cittadinanza determinerebbe [...] l'inevitabile effetto di irrigidire e cristallizzare la contrapposizione tra cittadino e non cittadino”⁸ e che “il fatto che la cittadinanza continui ad essere disciplinata da norme di legge ordinaria presenta anche un risvolto positivo, in quanto consente e rende più agevole un continuo controllo sulla rispondenza di tali norme all'evoluzione che si riscontra nell'ordinamento interno e internazionale”⁹, è pur vero che l'introduzione della revoca sembrerebbe aver inciso in modo particolare sull'impianto dei principi costituzionali che presidiano l'istituto della cittadinanza¹⁰. Tale riflessione trova fondamento sia a voler considerare che la revoca abbia dato vita ad una figura ulteriore accanto alle posizioni intermedie tra il cittadino e lo straniero (si pensi all'apolide, al rifugiato politico, all'immigrato residente); sia rimanendo nel perimetro della cittadinanza nazionale, in quanto si tratterebbe comunque di una forma di “cittadinanza diseguale”¹¹, con ciò alterando, in definitiva, lo *status* unitario dell'istituto della cittadinanza, vincolo che emerge dall'analisi dei principi costituzionali in materia.

⁷ Sul significato da attribuire al termine «revoca» impiegato nel dettato dell'art. 10-bis, l n. 91/1992 si veda B. Barel, *Cittadinanza*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Milano, 2021, in partic. p. 416 il quale ravvisa la discordanza tra quest'ultimo e l'accezione del lemma «revoca» in uso nel diritto amministrativo, tramite il quale si intende la modifica di un precedente provvedimento amministrativo.

⁸ M. Cuniberti, *La cittadinanza*, cit., in partic. p. 449 ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro” interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, pp. 1-37, in partic. p. 2.

¹¹ Così A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, pp. 167-199, in partic. p. 191.

Ciò determina inoltre un'importante frattura tra lo *status* di cittadino acquisito non a titolo originario e la cittadinanza *iure sanguinis*, al punto di poter giungere alla conclusione che quest'ultima sia l'unica cittadinanza in grado di garantire la pienezza dello *status*, senza possibilità di revoca alcuna.

Tale circostanza trova conferma anche adottando la prospettiva della tutela multilivello¹², guardando alla dimensione sovranazionale della cittadinanza e tenendo conto del principio di proporzionalità che tempera la libertà riconosciuta agli Stati di decidere in materia.

L'esigenza di indagare l'impatto che la riforma introdotta con il d.l. n. 113/2018 ha avuto sull'idea stessa di cittadinanza conduce l'indagine a ricostruire dapprima il significato che la cittadinanza ha nell'ambito della Costituzione, anche tenendo conto di alcuni aspetti salienti della disciplina della revoca.

Adottando, dunque, una prospettiva *top-down* si noterà che la Costituzione opera riferimenti ai *cittadini*, ma di sovente anche a *tutti*¹³, per definirne i diritti civili, sociali e politici nonché i doveri – si pensi per i *cittadini* agli artt. 48 e 49 in tema di diritti politici, all'art. 51 sul diritto di accedere ai pubblici uffici, all'art. 54 sul dovere di fedeltà dei cittadini alla Repubblica e per *tutti* all'art. 53 in tema di dovere di contribuire alle spese pubbliche. L'indicazione dei soggetti cui deve riconoscersi la condizione di cittadino è operazione demandata ad una adeguata politica costituzionale¹⁴, che deve essere attuata dal legislatore¹⁵ e che si rinviene oltre che nella citata l. n. 91/1992 anche nel d.P.R. 12 ottobre 1993, n. 572, e nel d.P.R. 18 aprile 1994, n. 362, atti che animano la disciplina dello *status civitatis*. Orbene, a tal proposito il legislatore dovrà costantemente muoversi nel rispetto dell'impianto dei principi costituzionali a tutela della persona. Questa circostanza si riflette anche a voler ragionare sul rapporto che intercorre tra la definizione *legale* o *statica* di cittadino, che si traduce nel legame con lo Stato, e *costituzionale* o *dinamica*¹⁶, che guarda all'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, che sono appunto in rapporto di

¹² Sul tema, tra i primi studi in materia, si veda P. Bilancia e E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

¹³ Per questa bipartizione si veda G. Biscottini, (voce) *Cittadinanza* (*dir. vig.*), in *Enc.Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 157. Sul punto si veda anche A. Ruggeri, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2015, pp. 132 ss., in partic. 133.

¹⁴ P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, p. 95.

¹⁵ Ritene che la riserva di legge sia implicitamente desumibile dalla formulazione dell'articolo 22, M. Cuniberti, *Art. 22*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2007, pp. 474-483, in partic. p. 476.

¹⁶ Con specifico riguardo alla cittadinanza costituzionale si veda M. Cuniberti, *La cittadinanza*, cit., p. 513 ss.; L. Ronchetti, *La Costituzione come spazio della cittadinanza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2015, pp. 441-456.

reciproca integrazione.

Come noto, per lungo tempo il dibattito sulla qualificazione giuridica del concetto di cittadinanza si è svolto sulla tradizionale alternativa tra *status* della persona o rapporto giuridico per finire con l'attestarsi sulla constatazione per cui in materia lo *status* e il rapporto giuridico, essendo stato "il dilemma fin dall'origine mal formulato"¹⁷, sono – a parole di chi scrive – un'*endiadi*. La circostanza per la quale, dunque, ciò che concretamente denota la cittadinanza, anche in rapporto alla giurisprudenza sovranazionale, è in definitiva non più il mero stabile rapporto di appartenenza di coloro che si trovano sul territorio dello Stato¹⁸ ma anche – e soprattutto – la partecipazione, ossia il "modo in cui un soggetto *esiste* all'interno dell'ordinamento"¹⁹, porterebbe ad estendere la riflessione anche al diritto di voto e all'istituto della rappresentanza politica degli stranieri, tema che in questa sede non è possibile approfondire²⁰.

¹⁷ Per una approfondita ricostruzione della contrapposizione tra i due termini si rinvia a M. Cuniberti, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

¹⁸ La valorizzazione di tale rapporto era massima in C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, I, p. 125; A. Labriola, «*Status civitatis*» e norme costituzionali, in *Riv.trim. dir. e proc.civ.*, 1977, p. 1317 ss.

¹⁹ Così C. Cudia, *Giurisdizione e cittadinanza: questioni di vocabolario?*, in *Questione Giustizia*, 14 gennaio 2022, in partic. p. 6. A tal proposito si rinvia a P. Häberle, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della costituzione*, in *Riv.Dir.Cost.*, 1997, pp. 19-35, in partic. p. 19, il quale afferma che "Il concetto tedesco 'staatsangehörigkeit' [cittadinanza] è ormai una provocazione. Suggerisce infatti l'idea che il cittadino debba 'angehören' (essere appartenente) o addirittura 'gehören' (essere proprio) dello Stato. È vero proprio il contrario [...]». Che la cittadinanza debba essere caratterizzata, anche nella disciplina del suo concreto esercizio, dai due nuclei di *appartenenza* e *partecipazione* lo afferma C. Bertolino, *Paradossi della cittadinanza nella legge di conversione del decreto legge c.d. "Sicurezza"*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, in partic. p. 9.

²⁰ Fermo restando che è riconosciuto agli stranieri il voto nelle elezioni amministrative ma non politiche, occorre distinguere. Coloro che hanno la cittadinanza dell'Unione europea, sulla base dei principi sanciti agli articoli 39 e 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'articolo 22 del TFUE, possono esercitare il diritto di elettorato attivo sulla base di quanto dispone il decreto legislativo 12 aprile 1996, n. 197, che ha recepito la Direttiva 94/80/CE sulle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e per il Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza. Pertanto, i cittadini dell'Unione possono votare e candidarsi alle elezioni locali se iscritti a una lista elettorale aggiunta nel Comune italiano di residenza.

Diversamente è previsto per coloro che provengono da un Paese estero che non appartiene all'Unione europea. Sebbene l'Italia abbia ratificato nel 1997 la Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale del Consiglio d'Europa del 1992, entrata in vigore il 1° maggio 1997, non lo ha fatto per il capitolo C, relativo al diritto all'elettorato attivo e passivo. A tal proposito, la Consulta ha dichiarato legittima la facoltà dello statuto regionale di promuovere l'estensione del diritto di voto, stante il carattere di natura culturale e politica di enunciazioni statutarie di questo tipo. Ciò è avvenuto con Corte cost., sent. n. 372/2004 – per un commento v. S. Bartole, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 11-13 – che ha respinto per inammissibilità il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri con il quale sono state impugnate le disposizioni dello Statuto della Regione Toscana in base alle quali «la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» per contrasto con gli articoli 48, 138, 117, co. 2, lett. f) e p), 121, co. 2, Cost. Inoltre, in base ad iniziative autonome intraprese dalle Regioni, ritenute legittime dalla Corte costituzionale, è stato sancito che il cittadino che proviene da un Paese estero non appartenente all'Unione europea può votare in occasione dei referendum regionali iscrivendosi alle liste elettorali se titolare di permesso di soggiorno e se esente da condanne penali che impediscano l'elettorato attivo, secondo la normativa vigente. A tal proposito si faccia riferimento a Corte cost., sent. n. 379/2004 – v. P. Caretti, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia*

3. L'acquisto della cittadinanza nel moderno Stato democratico: la centralità del criterio dello *ius sanguinis*.

Il fatto che la Costituzione non fornisca indicazioni sui criteri di acquisto o perdita della cittadinanza non comporta l'assoluta assenza di qualsiasi limite alla discrezionalità del legislatore. La ragione risiede nella circostanza – come accennato – per cui l'appartenenza giuridica di un soggetto alla popolazione di uno Stato è inscindibile da una qualche nozione di sovranità²¹ e “le leggi sulla cittadinanza, comunque, hanno sempre un fondamento costituzionale, dato che determinano uno *status* relativo alla sovranità dello Stato e altri suoi elementi costitutivi”²². È pur vero che, secondo parte della dottrina, i vincoli che discendono dalla Costituzione variano, risultando più stringenti in rapporto alla riserva di

riservata alla Costituzione, in *Le Regioni*, n. 1-2/2005, pp. 27-30 – che ha respinto per inammissibilità e non fondatezza le censure di incostituzionalità avanzate con ricorso dal Presidente del Consiglio dei ministri per contrasto con gli artt. 1, 48 e 117, co. 2, lett f) e p), nonché gli artt. 121, co. 2 e 122, co. 1, Cost., relative ad alcune disposizioni contenenti enunciazioni dello Statuto della Regione Emilia-Romagna che «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute» mirano ad assicurare il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare degli immigrati residenti. Si aggiunga che il cittadino straniero ha inoltre facoltà di voto in caso d'iniziativa popolare e *referendum* consultivi comunali. La letteratura sul tema del diritto di voto agli stranieri è corposa. Ci si limiterà a citare B. Caravita di Toritto, *I diritti politici dei “non cittadini”*. *Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV convegno annuale AIC, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli 2010; M. Cuniberti, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 giugno 2004; M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, 2014.

Per quanto concerne l'istituto della rappresentanza politica, parte della dottrina (A. Rauti, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, 2020, in partic. p. 100), infine, ha sostenuto la necessità che anche gli interessi degli stranieri residenti sul territorio dello Stato debbano essere rappresentati da organi elettivi, sulla base di un concetto di Nazione di cui all'art. 67 Cost., rappresentata dai parlamentari, che presuppone una “interpretazione politica del reale” e che vede partecipi della comunità anche i soggetti stabilmente residenti che non siano né cittadini italiani né cittadini di un Paese europeo. È pur vero che nonostante la proposta di una rilettura in chiave normativa della rappresentanza, medesima dottrina ritiene che solamente tramite la modifica dei criteri di acquisto della stessa sarebbe possibile tenere in debita considerazione le istanze degli stranieri. Per l'istituto della rappresentanza democratica in rapporto alla crisi della sovranità degli Stati nazionali si veda F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000; più recentemente A. Napolitano, *Rappresentanza e dimensione territoriale. Crisi e prospettive*, Napoli, 2022, in partic. p. 33 ss. Per il tema della crisi della democrazia in rapporto all'utilizzo dei media si veda A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006; Id., *Partiti politici, informazione e disintermediazione dei processi di formazione de consenso nella problematica prospettiva della “democrazia della comunicazione”* in S. Staiano, G. Ferraiuolo e A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*. Atti del convegno di Napoli, 15-15 giugno 2019, Napoli, 2020;

²¹ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, p. 59.

²² G. Cordini, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di Diritto Pubblico Comparato*, Padova, 1998, in partic. p. 262.

legge a favore dello Stato e in rapporto ai diritti e doveri dei cittadini – con ulteriore variabilità all'interno di quest'ultimo insieme –, meno in relazione ai criteri di acquisto e perdita²³.

Dare considerazione ai criteri di acquisto della cittadinanza permette di rilevare come l'ordinamento nazionale ha indubbiamente, nel tempo, valorizzato il legame dell'individuo con lo Stato, attenuando, in definitiva, la differenza tra cittadinanza e nazionalità. La distinzione operata da autorevole dottrina²⁴ tra la cittadinanza-appartenenza o *nationality* – con la quale si identifica il gruppo costituito a Stato che stabilisce i requisiti per appartenere a tale organizzazione – e la cittadinanza-partecipazione o *citizenship* – insieme di individui che gode dei diritti ed è tenuto al rispetto dei doveri previsti dalla Costituzione –, consente di mettere in luce come il carattere peculiare della individuazione dei presupposti di acquisto e perdita della cittadinanza sia da ricondurre eminentemente al presupposto storico della cittadinanza; presupposto che per inverarsi si avvale della tecnica, rozza ma efficace, della predisposizione di una legge che si riferisce al cittadino raccogliendone a fattor comune le qualità e le condizioni perché sia definito tale.

All'opposto e in coesistenza con il primo rilievo, emerge come l'impianto della legge sulla cittadinanza è basato sulla centralità del criterio dello *ius sanguinis* e sull'assenza di qualsiasi limite alla trasmissione della cittadinanza tramite tale criterio, ciò in quanto la l. n. 91/1992 eredita comunque l'impostazione della legge 13 giugno 1912, n. 555, sebbene opportunamente depurato dalle deformazioni impresse nel periodo fascista e integrata con la legge 21 aprile 1983, n. 123. La ragione di tale centralità è da ricondursi alla valorizzazione da parte del legislatore dell'elemento identitario della famiglia, quale comunità primigenia in cui cresce il minore. Di tale *ratio* si trova conferma, *a contrario*, nella rassegna degli ulteriori modi di acquisto della cittadinanza previsti nella l. n. 91/1992. Si pensi all'acquisto immediato e automatico della cittadinanza da parte del minore straniero adottato da un cittadino italiano (art. 3, co. 1, l. n. 91/92), sul presupposto che egli sia un cittadino italiano potenziale, non caratterizzato ancora da un proprio sistema culturale e politico. Di contro, se l'adottato è uno straniero maggiorenne, la cittadinanza è concessa con un provvedimento discrezionale del Presidente della Repubblica (art. 9, co.

²³ In tal senso A. Rauti, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, cit., p. 87, il quale parla di un "vincolo costituzionale a geometria variabile" in rapporto alla materia cittadinanza.

²⁴ G.U. Rescigno, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv.Dir.Cost.*, 1997, p. 37 ss. il quale richiama L. Ferrajoli e S. Rodotà. Si rinvia anche a P. Bonetti, *I profili giuridici della cittadinanza*, in D. Brigadoi Cologna e L. Panzeri (a cura di), *Migrazioni e cittadinanza. Prospettive sociologiche e giuridiche*, Milano, 2022, p. 71 ss.

1, lett. b), l. n. 91/1992), sempre che l'interessato abbia risieduto per almeno cinque anni nel territorio italiano successivamente all'adozione e dimostri adeguata conoscenza della lingua italiana. Nello stesso senso, l'art. 2, l. n. 91/1992 prevede che la filiazione riconosciuta o dichiarata in via giudiziale comporta l'acquisto della cittadinanza del genitore da parte del figlio minore, mentre il maggiorenne conserva il proprio stato di cittadinanza ma può scegliere se acquisire la cittadinanza derivante dalla filiazione entro un anno dal riconoscimento o dichiarazione giudiziale²⁵. A favore di tale *ratio*, si è espressa la Corte costituzionale, relativamente all'art. 5, l. n. 431/1967, norma concernente l'acquisto della cittadinanza da parte del minore straniero per adozione legittimante, affermando che “una lettura dell'art. 5 [...] adeguata ai valori dell'art. 2 Cost., conduce a qualificare il minore infra-ottenne straniero in stato di abbandono in Italia cittadino potenziale cui la protezione assicurata con le procedure conducenti all'adozione legittimante preannuncia lo *status civitatis*”²⁶. Nel complesso è possibile affermare che l'impostazione che mira a dare prevalenza al criterio dello *ius sanguinis* in rapporto all'acquisto dello *status civitatis* persegue l'obiettivo di “favorire il perpetuarsi nelle generazioni del carattere ‘materiale’ della cittadinanza, intesa come la sintesi degli elementi culturali propri di un popolo [...] destinati alla conservazione”²⁷.

D'altro canto, contribuisce a dare centralità al criterio dello *ius sanguinis* la previsione normativa, declinata in via strettamente residuale, del criterio dello *ius soli*, che potremmo pertanto definire *ius soli* temperato. In base a tale ultimo criterio, devono riconoscersi

²⁵ A questa casistica si aggiunge la previsione dell'art. 14, l. n. 91/1992, in base alla quale i figli minori di chi acquista o riacquista la cittadinanza, purché conviventi, acquisiscono la cittadinanza italiana ma divenuti maggiorenni, possono rinunciarvi se in possesso di altra di altra cittadinanza. Che la comunità della famiglia, rispetto ad altre comunità quali la comunità scolastica o locale, abbia assunto valore centrale quale criterio di acquisto della cittadinanza, si desume anche da altre previsioni contenute nella l. n. 91/1992. L'art. 9, co. 1, lett. a) consente l'acquisto della cittadinanza italiana allo straniero che risiede da tre anni in Italia, purché il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado siano stati cittadini per nascita; in base all'art. 4, co. 1, lo straniero o apolide il cui genitore o ascendente in linea retta di secondo grado sia stato cittadino per nascita, può divenire cittadino se assume pubblico impiego alle dipendenze dello Stato e ne fa richiesta o se al raggiungimento della maggiore età risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica e dichiara entro un anno di voler acquistare la cittadinanza italiana. Per un raffronto tra i parametri fondamentali rispetto alla decisione sull'attribuzione della cittadinanza per residenza, nell'ordinamento spagnolo, e per naturalizzazione, nell'ordinamento italiano si veda C. Cudia, *L'acquisto della cittadinanza per residenza in Spagna. La rivincita dei concetti giuridici indeterminati sulla discrezionalità amministrativa*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2023, p. 179 ss. In senso più ampio si veda E. Grosso, *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli, 2015.

²⁶ Corte cost., sent. n. 199/1986, par. 3 del *Considerato in diritto*. Per un commento v. V. Zambrano, *Adozione internazionale e tutela del minore straniero*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 1/1988, p. 183.

²⁷ Così E. Castorina, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, cit., p. 228. Si vedano anche G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, 2003; D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999.

cittadini italiani solo coloro che nascono nel territorio italiano e i cui genitori siano da considerarsi o ignoti (dal punto di vista giuridico) o apolidi (cioè privi di qualsiasi cittadinanza), oppure coloro che nascono sul territorio italiano e non possono acquisire la cittadinanza dello Stato di origine dei genitori (art. 1, co. 1, lett. b), l. n. 91/1992) o, infine, i figli di ignoti che vengono trovati a seguito di abbandono sul territorio italiano (art. 1, co. 2, l. n. 91/1992)²⁸.

Sotto questo profilo, prendendo in considerazione i requisiti soggettivi, previsti all'art. 10-*bis*, l. n. 91/1992, di coloro che possono essere raggiunti dal provvedimento di revoca della cittadinanza, si noterà come la misura della revoca pertiene alle principali modalità mediante le quali chi non nasce in una famiglia di cittadini italiani può acquistare la cittadinanza. Si aggiunge, infine, la circostanza per cui nell'art. 10-*bis*, l. n. 91/1992 risulta immanente la presunzione assoluta che il destinatario della revoca è lo straniero al quale l'ordinamento italiano ha consentito anche di mantenere la sua cittadinanza originaria, in quanto in caso contrario si priverebbe la persona dell'unica cittadinanza in suo possesso. Di tale *ratio* si trova infatti conferma – *a contrario* – nel fatto che non può essere destinatario della revoca chi acquisti la cittadinanza per adozione. È pur vero che nella disposizione non è espressamente tenuto in considerazione che nei fatti il cittadino raggiunto dal provvedimento di revoca potrebbe non avere una seconda cittadinanza per altri motivi oppure potrebbe non essere in grado di riacquistare la cittadinanza di uno Stato terzo, di cui si dirà in rapporto divieto di apolidia.

²⁸ In questa sede non è possibile affrontare l'analisi delle modalità messe a disposizione dello straniero per l'acquisto della cittadinanza per residenza, e per il minore straniero, nato in Italia, per l'acquisto in base al criterio della naturalizzazione. La materia della concessione della cittadinanza è oggetto di un margine di ampia discrezionalità in ordine alla valutazione dell'integrazione dello straniero nella comunità nazionale come affermato nella sentenza Cons. St., sez. III, 20 maggio 2021, n. 3896. L'art. 9, l. n. 91 del 1992 demanda al Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'Interno, la concessione della cittadinanza (cfr. Tar Lazio, sent. n. 9627 del 2020 nonché le più recenti sentenze del Tar Lazio, nn. 2943, 2944, 2947, 3018 e 3471 del 2022 concernenti l'ampiezza dei poteri discrezionali dell'amministrazione nella concessione della cittadinanza). Si rinvia inoltre a C. Cudia, *Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e questioni di giurisdizione: alla ricerca della legalità sopita*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, p. 1 ss. per una analisi in ordine alla concessione della cittadinanza per naturalizzazione ex art. 9, co. 1, lett. f), l. n. 91/1992.

4. L'istituto della revoca ex art. 10-bis, l. n. 91/1992 e i dubbi di legittimità in ordine ai parametri di cui agli artt. 22 e 3 Cost.

A questo punto della ricerca si ritiene opportuno addentrarsi nella ricostruzione della portata della previsione di cui all'articolo 22 Cost., annoverabile tra i principi di stampo personalistico che animano la Carta fondamentale, laddove è previsto che “[n]essuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome». Dagli atti dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente si rinviene che «[l]'articolo [22] può considerarsi uno sviluppo del principio della uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, sancito dall'art. 3»²⁹, sebbene esso sarebbe comunque “limite diverso e più ampio di quello previsto dall'art. 3 Cost. [...] non [...] tratta[ndosi] semplicemente di non discriminare per motivi di opinione pubblica i cittadini tra loro, ma di escludere che anche per motivi connessi agli interessi pubblici della comunità possa un cittadino essere privato [della cittadinanza]”³⁰. Tale aspetto risulta degno di particolare attenzione in quanto, tra i dubbi di costituzionalità sorti in rapporto all'introduzione dell'istituto della revoca della cittadinanza, è stato ravvisato il contrasto dell'istituto della revoca con il divieto di privazione della cittadinanza per motivi politici³¹ in quanto il legislatore non può disciplinare la materia dell'acquisto e revoca della cittadinanza prescindendo dall'assicurare rilievo alla volontà del singolo³². Dottrina conforme a tale ricostruzione³³ sostiene che i reati contro lo Stato, che legittimano la revoca, sono reati ispirati da motivazioni politiche. Pertanto, l'istituto della revoca violerebbe il divieto previsto dall'art. 22 Cost.

²⁹ V. Falzone, F. Palermo e F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1954, in partic. pp. 56-57. Si rinvia anche all'approfondito commento di M. Cuniberti, *Art. 22 Cost.*, cit., in partic. p. 475.

³⁰ Così, U. De Siervo, *Art. 22*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, pp. 1-13, in partic. p. 13.

³¹ La dottrina (P. Morozzo Della Rocca, *Sulla revocabilità della cittadinanza a causa della commissione di alcuni reati*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n. 10/2022, pp. 1-12, in partic. p. 11; si veda anche M. Cuniberti, *Art. 22*, cit., in partic. p. 475 coglie analogie, per quanto concerne il carattere politico del provvedimento di revoca adottato ex art. 10-bis, l. n. 91/1992 e il modello della legge fascista sui c.d. fuoriusciti (l. n. 108/1926) tramite la quale venivano puniti con la revoca della cittadinanza, adottata su proposta del Ministro dell'Interno, coloro che avevano compiuto fatti all'estero allo scopo di turbare l'ordine pubblico del Regno. L'istituto è stato abrogato con l'art. 26, l. n. 91/1992. Opera un raffronto anche con l'istituto fascista della *Revoca, nei casi di indegnità politica, della concessione della cittadinanza italiana conferita ad allogeniti in seguito ad opzione*, previsto dal r.d.l. 10 gennaio 1926, n. 16, abrogato dal d.l. n. 200/2008, E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro” interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., in partic. p. 16 ss.

³² E. Cavasino, *op. cit.*, in partic. p. 27.

³³ P. Bonnetti, *I profili giuridici della cittadinanza*, in *Migrazioni e cittadinanza. Prospettive sociologiche e giuridiche*, cit., p. 101 ss.

Altra parte della dottrina³⁴, invece, afferma che il contrasto deriverebbe dalla circostanza per cui tra i motivi politici devono intendersi anche motivi di discriminazione determinata dalla diversa provenienza geografica dei cittadini. Ebbene, la diversa origine geografica sarebbe tenuta in considerazione nell'art. 10-bis, l. n. 91/1992 laddove, come detto, è disposta la revoca della cittadinanza esclusivamente se acquisita per matrimonio, per concessione o per opzione al diciottesimo anno del nato in Italia.

Negli atti preparatori, in verità, si legge che «[q]uanto alla *cittadinanza*, in sottocommissione furono sollevati molti dubbi sulla opportunità di vietarne la privazione per motivi politici; si temette che la semplice enunciazione di questa formula potesse dar luogo a interpretazioni estensive tali da rendere impossibile la perdita della cittadinanza come pena accessoria di una condanna per delitti previsti e puniti dal Codice penale come 'politici'. E, quanto alla cittadinanza, la dizione 'per motivi politici' fu approvata dalla I Sc. con l'espressa riserva di darle un significato restrittivo». L'autenticità di tale intenzione è suffragata anche dall'origine storica della stessa, come registrata da parte della dottrina³⁵. Si aggiunga inoltre che in sede di Assemblea costituente in un primo momento si considerò anche l'opportunità di integrare la disposizione con un secondo comma – dal tenore «[l]a perdita della cittadinanza per altri motivi – (non di fazione o di parte) – è regolata dalla legge» –, ma il Comitato di redazione lo considerò superfluo e lo soppresse, ritenendo sufficientemente circoscritto il dettato proposto.

L'argomento del contrasto con l'art. 22 sembrerebbe non convincere a sufficienza. A ben vedere, anche quanto affermato nella *Relazione sulle libertà politiche* presentata nel 1946 alla I Sottocommissione dell'Assemblea costituente³⁶ potrebbe essere inteso da taluno nel senso che la cittadinanza nazionale non sarebbe revocabile per nessun motivo.

È in realtà possibile rilevare possibili contrasti con il dettato costituzionale, prendendo in considerazione – alla luce del principio d'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. – i due presupposti di operatività della c.d. denazionalizzazione: quello oggettivo che si sostanzia

³⁴ P. Morozzo Della Rocca, *op. cit.*

³⁵ U. De Siervo, *sub* Art. 22, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2007, p. 474 ss., in partic. p. 476.

³⁶ «Lo Stato non può togliere la cittadinanza in niun caso a chi la ha originariamente e regolarmente acquistata: Stato e cittadini formano un tutt'uno; [...] lo Stato negherebbe sé stesso, qualora togliesse la cittadinanza ad un cittadino. Contro i cittadini indegni lo Stato ha altri mezzi di difesa». La Relazione presentata da Umberto Merlin e Pietro Mancini nel 1946, p. 35, è richiamata in M. Benvenuti, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, p. 169 ss. e in M. Ruotolo, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione") Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, p. 176 ss.

nella condanna definitiva sull'accertamento della responsabilità penale e quello soggettivo consistente nel riconoscimento in capo al reo di una cittadinanza acquisita.

Ebbene, si è detto che l'aspetto che ha reso *abnorme* l'introduzione della revoca³⁷ risiede proprio nell'irragionevole differenziazione che nell'ambito dell'istituto è operata tra categorie di cittadini, i cittadini *iure sanguinis* – cittadini originari o di diritto – e i cittadini acquisiti. Dall'introduzione dell'art. 10-bis, in definitiva, adottando l'angolazione del parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost. discende una pericolosa frammentazione del concetto di cittadinanza di cui l'ordinamento stesso prende atto, nell'impossibilità di fornire all'interprete – sotto questo specifico profilo – strumenti atti a sciogliere i nodi interpretativi che caratterizzano l'istituto.

Senza dubbio si ravvisa come violato il principio d'eguaglianza, sia sotto il profilo formale (art. 3, co. 1, Cost. ai sensi del quale «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali») in quanto coloro che vengono colpiti dalla revoca sono essi stessi cittadini italiani; sia sotto il profilo sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.) dell'eguaglianza di fatto. A tal proposito, si pensi al caso in cui dovessero essere condannati per concorso per uno stesso reato, tra quelli contemplati dalla previsione, cittadini *iure sanguinis* e stranieri che hanno ottenuto la cittadinanza, ad esempio, per naturalizzazione e pertanto solo alcuni perdono la cittadinanza³⁸.

I rilievi da ultimo considerati, che pertanto potremmo indicare come i reali aspetti patologici dell'istituto, confermano la circostanza per cui il concetto di cittadinanza conserva, con riscontro negli istituti che la animano, una duplice declinazione dottrinale che si coglie osservandolo da una prospettiva verticale, rilevando lo stesso come il legame

³⁷ L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., in partic. pp. 39-41. Il dubbio di incostituzionalità insito nella richiamata differenziazione si rinviene anche in M. Benvenuti, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione I° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica*, cit.

³⁸ Come ha ribadito la Corte costituzionale – sentt. n. 62/1994, n. 432/2005, n. 40/2011 – è consentito un diverso trattamento tra cittadini purché non irragionevole e arbitrario. La dottrina è unanime nel rilevare la violazione dell'art. 3 Cost. Individua una doppia discriminazione tra cittadini all'origine e naturalizzati, nonché all'interno del gruppo dei naturalizzati M. Borraccetti, *Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019, pp. 190-206, in partic. p. 202. Si rinvia a A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018)*, cit., in partic. p. 191 la quale afferma che la violazione dell'eguaglianza formale è palese ed è tale da inficiare lo stesso concetto di cittadinanza quale condizione universale. C. Bertolino, *Paradossi della cittadinanza nella legge di conversione del decreto legge c.d. "Sicurezza"*, cit., in partic. p. 7. Parla di natura ambivalente dell'istituto della revoca che da un lato rappresenta uno stigma politico per i cittadini non *iure sanguinis* e dall'altro introduce una distinzione fra cittadinanza e nazionalità finora assente nella legislazione italiana E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro" interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., in partic. p. 10.

che il cittadino ha con lo Stato, nonché da una prospettiva orizzontale, nel rapporto che egli ha con la comunità politica. Tale aspetto, ulteriormente rafforzato dall'introduzione della cittadinanza europea³⁹, impone una riflessione sull'impatto che le strategie di lotta al terrorismo internazionale – quale, appunto, il far derivare da una condanna penale per taluni reati la conseguenza della revoca della cittadinanza, al fine di rafforzare la misura dell'impedire il rientro in Italia o quella dell'espulsione – possono avere in rapporto alla disciplina dello *status civitatis*⁴⁰.

Il ricorso della Regione Piemonte non ha avuto esito in quanto con deliberazione della Giunta regionale adottata nel giugno 2020 si è optato per la rinuncia motivata dalla sopravvenuta mancanza di interesse. Le dichiarazioni di inammissibilità e di parziale rigetto di ricorsi presentati alla Corte costituzionale da parte di altre Regioni⁴¹, aventi ad oggetto in parte le medesime disposizioni impugnate nel ricorso n. 19 del 2019 ma non l'art. 14 del *decreto sicurezza*, per la prima volta impugnato, anche sotto il profilo della lettera d), con il ricorso della Regione Piemonte, sono state alla base della previsione di

³⁹ Come noto, a norma dell'art. 9 TUE e dell'art. 20 TFUE la cittadinanza europea si acquista in virtù del possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri; essa ha dunque un carattere derivato e complementare rispetto a quella nazionale. La cittadinanza europea riveste un profondo significato giuridico-costituzionale riflettendo la dimensione di ordinamento politico cui aspira l'Unione europea. Come si vedrà più avanti, l'azione pretoria della Corte di giustizia in materia di revoca della cittadinanza ha rivitalizzato il dibattito sul carattere autonomo o identitario della cittadinanza europea. A tal proposito si rinvia a R. Palladino, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale e "due regard" per il diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20/2019. Sulla cittadinanza europea di vedano anche A. Manzella, *La cittadinanza europea, trent'anni dopo: la dimensione politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2022, pp. 917-920; A. Di Stasi, M.C. Baruffi e L. Panella (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023.

⁴⁰ Per le misure adottate – quali l'introduzione dell'art. 270-*quinquies* c.p. e la Direttiva 2017/541 – nella lotta al terrorismo internazionale nell'ambito della Rete Internet di cui i terroristi se ne servono per scopi divulgativi-di intimidazione e formativi-preparatori si veda A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2021, in partic. pp. 185-187; si veda anche G. Palombino, *Lupi solitari, libertà di informazione e pubblica sicurezza: quale bilanciamento nella lotta al terrorismo internazionale?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2019. Il dibattito sul rapporto tra le misure di lotta al terrorismo e la cittadinanza è risalente. A tal proposito si veda P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

⁴¹ Si tratta dei ricorsi della Regione autonoma Sardegna e dalle Regioni Umbria, Emilia-Romagna, Basilicata, Marche, Toscana e Calabria decisi con sentenze della Corte costituzionale rispettivamente n. 194 e n. 195 del 2019, in parte dichiarati inammissibili e in parte respinti. A ben vedere, il rilievo dell'incompatibilità con l'art. 3 Cost. consente di notare come l'istituto della revoca, per come formulato – prevedendo come destinatari solo i cittadini italiani di origine straniera – è suscettibile, sotto il profilo dell'art. 3 Cost. di rendere corresponsabili anche le Regioni nella violazione, da parte dello Stato, degli obblighi internazionali cui sono tenute al rispetto nell'esercizio delle competenze legislative ex art. 117, co. 1, Cost. Si tratta, in particolare, degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione della Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia (v. *infra* par. 7), che rileva dunque come norma interposta di costituzionalità. Tale rilievo è stato denunciato con il ricorso, ai sensi dell'articolo 127, co., 2, Cost., intrapreso nel 2019 da parte della Regione Piemonte, con il quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, tra gli altri, dell'art. 14, co. 1, lett. d) del già citato *decreto sicurezza*, d.l. n. 113/2018, relativo all'introduzione nella l. n. 91/1992 dell'articolo 10-bis.

esito pregiudizievole del giudizio proposto. A ben vedere, la circostanza che l'istituto della revoca si configuri come una disposizione adottata dallo Stato nell'esercizio di proprie competenze legislative esclusive – nello specifico la materia immigrazione ex art. 117, co. 2, lett. b) e la materia sicurezza di cui alla lett. h) – ha comportato che non fossero configurabili violazioni dirette del riparto di competenze disegnato dal Titolo V, Parte II, della Costituzione, che anche la Regione, in verità, ha faticato a individuare⁴².

5. L'automatismo sanzionatorio della revoca e il principio della finalità rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost.

La riflessione finora condotta non può esulare dalla considerazione per cui, ad una attenta lettura, la previsione di cui all'art. 10-bis, l. n. 91/1992 difetta di indicazioni sulla necessità di una espressa valutazione discrezionale sulle condizioni del soggetto destinatario della revoca e della sua famiglia, sia da parte del giudice che ha emesso la condanna per uno dei delitti espressamente previsti, sia da parte del Ministro dell'Interno che propone la revoca come previsto dalla disposizione quale pena accessoria, nonché del Presidente della Repubblica che emette il decreto. Dunque, l'operatività della norma, al di là della enunciazione «La revoca della cittadinanza è adottata [...] su proposta del Ministro dell'Interno», è in realtà automatica conseguenza della condanna penale («la cittadinanza italiana [...] è revocata in caso di condanna definitiva»). L'istituto, sebbene fondato su un avvio d'ufficio del procedimento, rappresenterebbe una decadenza per *punizione*⁴³ tale da celare un vero e proprio automatismo sanzionatorio.

⁴² Ha tentato di ricostruire l'esito di un eventuale giudizio riguardo all'incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza P. Morozzo della Rocca, *Sulla revocabilità della cittadinanza a causa della commissione di alcuni reati*, cit., in partic. p. 7, prevedendo la possibilità che la Consulta si limiti a dichiarare l'illegittimità dell'art. 10-bis lasciando la possibilità al legislatore di reintrodurre la clausola di revocabilità della cittadinanza ampliandone l'ambito di applicazione ai cittadini tutti. Tra le possibili soluzioni l'A. ritiene più proficuo considerare la possibilità di sollevare la questione dell'incompatibilità con particolare riguardo al periodo di tempo a partire dall'acquisto della cittadinanza, trascorso il quale la cittadinanza non sarebbe più revocabile, come suggeriscono le pronunce della Corte EDU, tra le quali Corte Edu, sent. 22 dicembre 2020, ric. n. 43936/18, *Usmanov c. Russia*.

⁴³ E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro" interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit.; P. Morozzo Della Rocca, *Sulla revocabilità della cittadinanza a causa della commissione di alcuni reati*, cit., in partic. p. 4.

Tale circostanza, a ben vedere, coinvolge alcuni profili centrali e risalenti della riflessione sul volto costituzionale del sistema penale⁴⁴, tra i quali il dibattito sugli automatismi sanzionatori, sia che riguardino le pene principali che accessorie. La declinazione del volto costituzionale dell'illecito penale, per come delineata dalla Corte costituzionale implica una «articolazione legale del sistema sanzionatorio» e «appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice» al fine di garantire un «adeguamento individualizzato, 'proporzionale', delle pene inflitte con le sentenze di condanna»⁴⁵. La revoca della cittadinanza, quale conseguenza discendente dalla condanna definitiva per i reati indicati nella norma, nei fatti si atteggia quale sanzione la cui applicazione rimane però sottratta alla valutazione del giudice, al di là della scelta dell'impiego del termine revoca che richiamerebbe un atto di natura amministrativa. Sebbene negli ultimi anni si è registrata una propensione del legislatore a restringere gli ambiti della discrezionalità giudiziale⁴⁶ – non è possibile negare che il principio di legalità (art. 25, co. 2, Cost.) esige che le scelte fondamentali circa le condotte meritevoli di pena, ed a proposito del relativo trattamento, siano compiute dal giudice. La stessa procedura per l'accertamento delle responsabilità è oggetto di una esplicita riserva di legge (art. 111, co. 1, Cost.). Nondimeno, la discrezionalità del giudice è da lungo tempo individuata quale presidio irrinunciabile di valori costituzionali fondamentali. L'attuazione piena del principio di finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) esige una regolazione operata riguardo al fatto e alle caratteristiche del suo autore, possibile solo attraverso margini adeguati di discrezionalità giudiziale. Ci si chiede – in punto di diritto – in che modo la revoca della cittadinanza può conciliarsi con il fine di rieducazione della pena e con l'obiettivo di reinserimento sociale del condannato?

La necessaria finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) deve attuarsi non solo riguardo alle modalità esecutive, ma anche mediante una corrispondenza tra il fatto e la misura della sanzione irrogata. Anche in questo contesto trova reale applicazione il

⁴⁴ M. Donini, *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, in *IUS17*, n. 2/2009, pp. 420-424.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 50/1980, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Da ultimo si veda Corte cost., sent. n. 66/2023. Con la sentenza in oggetto la Consulta ha sancito che la libertà vigilata, quando applicata al condannato ammesso alla liberazione condizionale, non è una misura di sicurezza e neppure una sanzione aggiuntiva, ma la prosecuzione, in forme meno afflittive, della pena già subita in origine, per cui non risulta violato il principio di ragionevolezza e di quello della finalità rieducativa della pena (articoli 3 e 27 Cost.), in quanto si prevede: l'obbligatoria applicazione della libertà vigilata al condannato all'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale; ne stabiliscono la durata nella misura fissa di cinque anni; non consentono al magistrato di sorveglianza di far cessare anticipatamente l'esecuzione della misura.

principio di uguaglianza, che esige il trattamento differenziato di fattispecie non ragionevolmente assimilabili in termini di offesa e riguardo ai profili soggettivi (principio consacrato in diverse sentenze della Corte⁴⁷).

Tale circostanza emerge anche a voler ragionare della revoca quale pena accessoria. A tal proposito si ritiene opportuno richiamare le pronunce⁴⁸ intervenute riguardo alla perdita della potestà genitoriale, prevista dall'art. 569 c.p. quale automatica conseguenza della condanna per uno dei delitti contro lo stato di famiglia (artt. 566-568 c.p.). La Corte ha ragionato soprattutto sulla peculiare implicazione della pena in discorso, che produce effetti diretti anche nei confronti di un soggetto estraneo al reato, e soprattutto portatore di un diritto rafforzato alla protezione. La potestà genitoriale è oggi una funzione di servizio in favore del minore, più che una prerogativa dell'adulto, e dunque lo strumento per una tutela che, anche alla luce di numerosi parametri sovranazionali, va considerata preminente. Per tale ragione è costituzionalmente imposta una verifica della corrispondenza, in ciascun caso concreto, tra interesse del minore e soluzione del suo rapporto con il genitore.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 313/1990, sentenze n. 183/2011 e n. 251/2012.

⁴⁸ Con la sent. n. 31 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 569, c.p. relativamente «alla parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'articolo 567, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto». Sulla quale tra gli altri M. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 377 ss.; A. Tesaurò, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012, p. 4909 ss.

Si consideri inoltre Corte cost. sent. n. 7/2013 con la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p. nella «parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'articolo 566, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto». Tra i commenti si veda V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 gennaio 2013.

Sulla illegittimità degli automatismi sanzionatori si faccia riferimento anche a Corte cost., sent. n. 185/2015, con la quale i Giudici hanno sancito l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 99, co. 5 c.p. nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà dell'aumento di pena – nella misura non inferiore ad un terzo – per i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. Con Corte costituzionale, sent. n. 222/2018 la Consulta è intervenuta per quanto concerne l'ultimo comma dell'articolo 216 della legge fallimentare, disposizione che prevedeva che alla condanna per bancarotta fraudolenta conseguissero, obbligatoriamente e per un periodo fisso di dieci anni, le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale nonché dell'incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsivoglia impresa. Un altro ambito interessato dall'intervento dei giudici costituzionali è la disciplina della recidiva. Con la sentenza n. 185/2015 è stata sancita l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 99, co. 5, c.p. nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà dell'aumento di pena – nella misura non inferiore ad un terzo – per i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.

Si noti come la Corte costituzionale⁴⁹ ha già dichiarato illegittimo un automatismo in materia di perdita della cittadinanza.

L'aspetto concernente la mancanza della valutazione discrezionale dell'applicazione della misura della revoca – si aggiunga – si pone dunque in contrasto anche con la necessità, ribadita nella sentenza della CGUE, caso *Tjebbe* – v. *infra* par. 7 – di operare una verifica della situazione individuale dell'interessato e della famiglia. L'ambiguità della disposizione sul punto è comunque rilevata anche da quella parte della dottrina che propende per il riconoscimento di un margine di apprezzamento sulla possibilità di formulare la proposta rimesso al Ministro dell'Interno⁵⁰ – inquadrando in tal modo la possibilità di ricorrere contro la revoca della cittadinanza con un procedimento di secondo grado di revisione, in sede di autotutela. Ciò che inoltre escluderebbe la possibilità di qualificare la revoca quale pena accessoria sarebbe anche il lasso di tempo considerato nella disposizione tra condanna e proposta in quanto ciò denoterebbe dunque come non vincolato ma discrezionale il potere di proposta del Ministro dell'Interno.

6. L'art. 16, co. 2, Cost. e la ricostruzione dell'interesse pubblico sotteso alla ratio della revoca tra tutela della sicurezza pubblica e violazione dell'obbligo di lealtà. Il raffronto con le altre cause ostative al riconoscimento-mantenimento della cittadinanza.

Ebbene, come anticipato in premessa, la previsione dell'istituto della revoca si aggiunge e si confronta con i casi di preclusione all'acquisto per condanna penale o per motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica contemplati nell'articolo 6, l. n. 91/1992, e con le previsioni di decadenza dalla cittadinanza previste all'art. 12 della medesima legge. Tale confronto risulta particolarmente utile nell'intento di individuare la *ratio* ispiratrice sottesa all'istituto

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 87/1975. L'automatismo era previsto dall'art. 10, co. 3, l. n. 555/1912, secondo cui la donna cittadina, che sposava uno straniero, perdeva, indipendentemente dalla sua volontà, la cittadinanza, purchè il marito possedesse una cittadinanza e questa si trasmettesse alla moglie per effetto del matrimonio. La Corte ha riconosciuto la violazione degli artt. 3, co. 1, e 29 Cost. ma non dell'art. 22 Cost.

⁵⁰ A. Rauti, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, cit., 436-347. Per le criticità che la dottrina riavvisa nel termine di tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna si veda S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018 che ritiene il termine troppo lungo in rapporto alle esigenze di sicurezza pubblica che gli sono sottese. Si vedano anche L. Viola, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto Salvini: profili processuali e (nuovi) cantieri aperti*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, in partic. p. 4 il quale parla di previsione eccessivamente attendista.

della revoca della cittadinanza, in relazione alla quale non si può non tenere in considerazione, in primo luogo, la relazione di accompagnamento al d.l. n. 113/2018, sebbene in quest'ultima non è esplicitato l'interesse pubblico che il Ministro dell'Interno dovrebbe perseguire nel proporre il provvedimento di revoca. È espressamente affermato, in riferimento all'art. 10-bis, che «[l']intervento normativo che mira a consentirne l'allontanamento dal territorio nazionale, altrimenti precluso dall'acquisizione dello *status* di cittadino italiano, si rende necessario ed urgente nell'ambito delle politiche di prevenzione della minaccia terroristica anche connessa al fenomeno dei cc.dd. *foreign fighters*»⁵¹.

A ben vedere, la revoca della cittadinanza si è resa necessaria per far valere concretamente nei confronti dei cittadini italiani di origine straniera, condannati per i reati considerati nella disposizione in oggetto, il divieto di far rientro nel territorio nazionale – il c.d. *blowback* – o l'applicazione dell'espulsione o allontanamento dal territorio medesimo come prevista all'articolo 13, co. 1, d.lgs. n. 286/1998 e all'art. 3, d.l. n. 144/2005 e infine all'art. 20, d.lgs. n. 30/2007.

Proprio tale meccanismo sotteso all'operatività della norma chiama in causa il principio enunciato nell'ultimo comma dell'articolo 16 della Costituzione che sancisce la libertà d'espatrio per «ogni cittadino», ossia la libertà di uscire e rientrare nel territorio della Repubblica. Revocare la cittadinanza è condizione propedeutica per negare tale libertà al cittadino. Sotto questo aspetto, oltre a registrare in questa sede i dubbi che la dottrina ha avanzato sull'opportunità e efficacia⁵² in merito alla concreta operatività delle misure del divieto di far rientro nel territorio nazionale o dell'espulsione dal medesimo, è possibile evidenziare come l'allocatione di una modifica alla disciplina dello *status civitatis* in un

⁵¹ Si vedano le pp. 5 e 6 della relazione illustrativa che accompagna il decreto legge consultabile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/340021.pdf>.

⁵² L'espulsione dal territorio nazionale non è automatica e certa conseguenza della perdita della cittadinanza in quanto dovendo necessariamente avvenire verso un Paese terzo potrebbe comportare la preliminare conclusione di specifici accordi bilaterali. Nel caso di A. M., noto come *pugile dell'Isis*, avendo egli conservato la cittadinanza marocchina, dopo aver scontato la pena di 6 anni di reclusione in Italia nel 2021 è stato scarcerato e, in attesa di essere rimpatriato in Marocco, è stato trasferito nel centro di espulsioni di Bari. Si consideri, inoltre, che proprio per la peculiarità della condizione di terrorista, il soggetto destinatario del provvedimento di espulsione potrebbe diventare destinatario di protezione speciale ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 286/1998, in quanto a rischio di tortura e/o trattamenti inumani o degradanti. Da ultimo, l'espulsione non opera come un automatismo perché il soggetto che non è più cittadino potrebbe permanere sul territorio italiano alle condizioni richieste per i cittadini di altri Stati o apolidi e, se in possesso di una seconda cittadinanza, in virtù della cittadinanza europea. Si noti come, seppur nell'ambito di un margine di apprezzamento statale, particolare attenzione alle garanzie penali sostanziali e processuali è richiesta agli Stati dalla risoluzione 2178(2014) del Consiglio di Sicurezza. A tal proposito si rinvia a L. Panella, *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei foreign fighters*, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2015.

provvedimento legislativo, il d.l. n. 113/2018, intitolato *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica*, tradisce un'impostazione della materia cittadinanza, che non ha alcuna attinenza con la condizione giuridica dello straniero ma riguarda invece i cittadini e in particolare coinvolge un aspetto quale quello della libertà d'espatrio che è stato definito un momento estremamente importante per la qualificazione del nuovo rapporto intercorrente tra l'individuo e lo Stato, quale è disegnato dalla Costituzione del 1947⁵³.

Il nesso tra tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza e disciplina dell'immigrazione mette in luce come la disciplina di quest'ultima arriva a coinvolgere al suo interno anche la disciplina della cittadinanza⁵⁴ che è, come è stata qualificata dalla Corte costituzionale, «stato giuridico costituzionalmente protetto»⁵⁵, «diritto di primaria rilevanza costituzionale», come ribadito dalla Corte di Cassazione⁵⁶.

Dunque, in tal senso, i motivi che appaiono tutelati dal collegamento propedeutico, ma non per questo automatico, con l'espulsione dal territorio nazionale o con il divieto di far rientro, in base alla considerazione dei beni giuridici sottesi ai reati per i quali la norma prevede che vi sia stata la condanna, sarebbero da ravvisarsi nella tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché nella tutela della prevenzione e repressione del terrorismo.

Sotto ogni riguardo, nella relazione illustrativa che accompagna il decreto, si rinviene un elemento utile a chiarire che l'interesse sotteso alla disposizione è la tutela della sicurezza pubblica. Si legge infatti che la «revoca non opera nei più ampi casi di preclusione all'acquisto della cittadinanza previsti dal citato art. 6 della legge n. 91/1992, ma si fonda sul presupposto della condanna in primo grado, confermata in appello, per delitti commessi con finalità di terrorismo. In tal modo sono soddisfatte le sopra citate esigenze di ragionevolezza e proporzionalità della previsione sanzionatoria rispetto alla effettività e alla gravità della violazione degli interessi dello Stato determinata dall'illecito individuale». Di fatto, nel co. 1 dell'art. 6, la sussistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica è considerata causa preclusiva all'acquisto della cittadinanza al

⁵³ Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1996, p. 267 ss., in partic. pp. 288-294.

⁵⁴ Così E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro" interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., in partic. p. 1.

⁵⁵ Corte costituzionale, sent. n. 87/1975.

⁵⁶ Cass., sez. VI, ord. n. 20870/2011; Cass, sez. I, sent. n. 19428/2017.

pari dell'aver riportato una condanna per uno dei reati espressamente richiamati, invero, in base ai capi del codice penale⁵⁷.

Anche il Consiglio di Stato in diverse sentenze ha confermato questo orientamento affermato che la cittadinanza italiana non può essere riconosciuta a chi ha avuto contatti o risulta vicino al radicalismo islamico⁵⁸.

È pur vero che se l'istituto della revoca della cittadinanza per condanna penale è fondato su reati caratterizzati, per lo più da una comune matrice, a differenza dei reati la cui commissione impedisce l'acquisto della cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 6, co. 1, l. n. 91 del 1992, dall'altro vi è chi evidenzia la genericità intrinseca delle stesse fattispecie dovuta al fatto che sono considerati anche i reati di collaborazione.

Ebbene, se prima della riforma del 2018 il parametro dell'interesse per la sicurezza nazionale operava solo quale causa ostativa all'acquisto della cittadinanza, la previsione di cui all'art. 10-bis ha indubbiamente esteso l'operatività della *ratio* alla cessazione dello *status*.

Parimenti, appare condivisibile anche il rilievo per cui la norma risponderebbe, non tanto a logiche di sicurezza nazionale ma alle stesse logiche delle altre previsioni di diniego della cittadinanza ex art. 12, l. n. 91/1992, la cui *ratio* è da ravvisarsi nella tutela dell'art. 54 Cost.⁵⁹, in base al quale «[t]utti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge». Come noto, all'articolo 12, l. n. 91/1992 sono contemplate ipotesi di decadenza dalla cittadinanza nazionale che si riferiscono a casi di conflitto di lealtà tra

⁵⁷ Si tratta della condanna per uno dei delitti previsti nel libro secondo, titolo I, capi I, II e III, del codice penale e della condanna per un delitto non colposo per il quale la legge preveda una pena edittale non inferiore nel massimo a tre anni di reclusione; ovvero la condanna per un reato non politico ad una pena detentiva superiore ad un anno da parte di una autorità giudiziaria straniera, quando la sentenza sia stata riconosciuta in Italia.

⁵⁸ Cons. St., sez. III, 20 maggio 2021, n. 3896 e Cons. St., sez. III, 2 agosto 2021, n. 5679. Il Consiglio di Stato ha più in generale ritenuto legittimo il diniego di cittadinanza italiana opposto allo straniero vicino ad un movimento responsabile di attività gravemente delittuose (Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2020, n. 8133) e per condanna per sequestro di persona in concorso (Cons. St., sez. I, 1 dicembre 2020, n. 1959). Per quanto concerne i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione in ordine al diniego di riconoscimento della cittadinanza, con la sentenza n. 3121 del 14 maggio 2019 il Consiglio di Stato, sez. III, ha ritenuto non adeguata una condanna per incauto acquisto, se avvenuto con modalità oggettive lievi, a dimostrare la mancata integrazione dello straniero; similmente con la sentenza Cons. St., sez. III, 20 marzo 2019, n. 1837 per reati di lieve entità, relativa a condanna a pena pecuniaria per antico episodio di guida sotto stupefacenti.

⁵⁹ L. Viola, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto Salvini: profili processuali e (nuovi) cantieri aperti*, cit., in partic. p. 4; Id., *La revoca della cittadinanza e il giudice amministrativo*, cit., in partic. p. 278 il quale richiamandosi alla sociologia del diritto ravvisa nella previsione della revoca della cittadinanza *funzioni latenti e simboliche*.

cittadino e Stato italiano dovute al rapporto che ogni cittadino italiano ha con un altro Stato o ente pubblico estero o organizzazione internazionale al quale non partecipa l'Italia, la cui valutazione è rimessa al Governo che è tenuto ad agire emettendo previamente una diffida ad abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare. Similmente, aderendo alle logiche di matrice terroristica, l'individuo – si badi, il solo cittadino italiano di origine straniera ma non anche il cittadino *iure sanguinis* – porrebbe in essere una condotta tale da infrangere il legame di fedeltà con lo Stato. A tal riguardo la circostanza per cui il cittadino italiano *iure sanguinis* non possa essere colpito dalla misura configura, ai fini del mantenimento dello *status civitatis*, un obbligo di fedeltà alla Repubblica irragionevolmente rafforzato, proprio in quanto posto in capo al solo cittadino italiano di origine straniera.

7. La violazione di norme sovranazionali: il concetto di cittadinanza fuori dai confini nazionali e il pericolo del trascinamento verso casi di apolidia.

A questo punto dell'analisi si delinea solo in parte verificato l'assunto per cui la denazionalizzazione, per come formulata all'art. 10-bis, l. n. 91/1992, mal si concilia con diversi parametri di legittimità, «non un solo principio, ma un fascio di articoli costituzionali»⁶⁰.

Ai dubbi in ordine alla violazione dei già menzionati artt. 3, 22, 27, co. 3, Cost., si aggiungono anche quelli relativi alla inosservanza degli artt 10 e 117, co. 1, Cost. – già accennati. Tra le pratiche conseguenze dell'applicazione della norma è vi è difatti il pericolo che la revoca della cittadinanza generi apolidia nei confronti di chi, con l'acquisto della cittadinanza italiana, abbia perso la propria di origine⁶¹. Come è noto, l'apolidia è la condizione che appartiene a coloro che non sono in possesso di alcuna cittadinanza.

Proprio i numerosi casi di apolidia verificatisi nella fase post-bellica del secondo conflitto mondiale hanno dato avvio al dibattito sulla necessità di configurare la cittadinanza quale diritto fondamentale individuale a livello internazionale tramite un ancoraggio riconosciuto

⁶⁰ G. Azzariti, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2019, in partic. p. 647.

⁶¹ C. Cipolletti, *La privazione della cittadinanza nel contrasto ai foreign terrorist fighters e il diritto internazionale*, in *Riv.Dir.int.*, n. 1/2016, p. 117 ss.

nel co. 1 dell'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁶², in base al quale ogni persona ha un diritto soggettivo alla condizione personale costituita dallo *status* di cittadino. I limiti di tale ricostruzione, come è noto, sono dovuti al fatto che la Dichiarazione non ha natura pattizia e dunque essendo una dichiarazione di principi non è vincolante per gli ordinamenti statali. Tuttavia, la Corte di Cassazione⁶³ ha recentemente ribadito la centralità di tale previsione in rapporto alle decisioni in materia di cittadinanza adottate nell'ordinamento nazionale.

Natura diversa ha la cittadinanza europea. Difatti, nelle intenzioni dei redattori del Trattato di Maastricht è risultata prevalente la volontà di dare origine ad una cittadinanza dal tratto unificante⁶⁴, più che dotata di singoli diritti. La valutazione di compatibilità di norme statali in materia di cittadinanza con il diritto dell'Unione è operata dalla Corte di giustizia tramite il c.d. test di proporzionalità che nel tempo è stato perfezionato, appunto, in via pretoria.

Dopo aver chiarito in che termini si è evoluto e opera il test di proporzionalità appare possibile soffermarsi sull'istituto della revoca di cui all'art. 10-bis della legge sulla cittadinanza.

Sebbene in virtù di un principio di diritto consuetudinario internazionale le questioni relative all'acquisto e alla perdita della cittadinanza rientrano nella *domestic jurisdiction* degli Stati, la Corte di giustizia dell'UE⁶⁵ ha affermato il principio per cui l'esercizio del summenzionato potere statale è suscettibile di valutazione in rapporto al diritto dell'Unione. Di particolare importanza, per aver esteso e applicato i parametri con cui opera il test di proporzionalità al diritto di revoca della cittadinanza nazionale, è la decisione con la quale la Corte di giustizia⁶⁶ ha chiarito che la proporzionalità della revoca, intesa come conseguenze che la revoca può dispiegare nei confronti del soggetto che ha

⁶² Tale diritto è stato applicato nell'ambito della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia del 6 aprile 1955, caso *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* sulla base di un concetto di cittadinanza quale «*a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties*». Mette in evidenza i risvolti della misura della revoca sul piano internazionale in rapporto al concetto di cittadinanza quale diritto ad ottenere la cittadinanza di un determinato Stato con cui si intrattiene un legame effettivo, S. Marinai, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017, p. 265.

⁶³ Cass. civ., ss. uu., 24 agosto 2022, n. 25317 tramite la quale è stato affermato che dagli artt. 3, 4, 16 e ss. e 22 Cost., dall'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 nonchè dal Trattato di Lisbona del 2007, si ricava che ogni persona ha un diritto soggettivo permanente e imprescrittibile allo stato di cittadino, che congloba distinti ed egualmente fondamentali diritti.

⁶⁴ Tra gli studi sul tema si veda S. O'Leary, *Nationality law and community citizenship: a tale of two uneasy bedfellows*, in *Yearbook of European Law*, 1992. Cfr. *supra* nota 39.

⁶⁵ A partire dalla sentenza *Micheletti* del 7 luglio 2009 (causa C-369/90, *M.V. Micheletti v. Delegación del Gobierno en Cantabria*).

⁶⁶ Sentenza della Grande Sezione del 2 marzo 2009 (causa C-135-/08, *Janko Rottman v. Freistaat Bayern*), riguardante un caso di revoca della cittadinanza acquisita per naturalizzazione in maniera fraudolenta.

perso la cittadinanza e dei suoi familiari, deve essere giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca e, infine, alla possibilità dell'interessato di recuperare la cittadinanza di origine. Inoltre, la Corte ha successivamente chiarito che la necessità di un *due regard* per il diritto dell'Unione europea nelle determinazioni nazionali, ha una duplice dimensione che la dottrina ha individuato in astratta o recessiva, e in concreta o dominante⁶⁷. La prima dimensione attiene alla valutazione della legittimità della previsione nazionale anche in rapporto alla sussistenza di un motivo di pubblico interesse all'origine della misura adottata, tale da escludere l'arbitrarietà della previsione adottata; la seconda consiste in una valutazione concreta delle conseguenze della revoca nel caso specifico.

Da ultimo la Corte di giustizia⁶⁸ ha ribadito che ai fini della revoca della cittadinanza nazionale, il principio di proporzionalità, la cui verifica rispetto al caso concreto è demandata al giudice nazionale, deve operare in rapporto a interessi statali legittimi che giustificano la revoca. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto non soddisfatto il principio di proporzionalità qualora la revoca derivi da mere infrazioni di natura amministrativa al codice della strada.

Ebbene, in riferimento all'art. 10-bis, l. n. 91/1992 è stato rilevato che la disposizione sarebbe passibile di censura sulla base dei principi relativi al duplice test di proporzionalità che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha nel tempo perfezionato quale giudizio *onnicomprendivo* sul rispetto del diritto dell'Unione.

Il principale rilievo di incompatibilità è da ricondursi, dunque, all'assenza di previsioni di valutazione, da parte delle autorità nazionali, sulla proporzionalità dell'impatto che la misura potrebbe avere in rapporto alla vita privata e familiare dell'interessato sancito

⁶⁷ Sentenza della Grande Sezione del 12 marzo 2019 (causa C-221/17, *M.G. Tjebbes and others v. Minister van Buitenlandse Zaken*), relativa a un caso di cittadinanza dei Paesi Bassi per il quale la perdita non era avvenuta per comportamento fraudolento ma *ipso iure*. Di particolare rilievo, per l'impiego del parametro del legame effettivo, è il par. 35: «nell'esercizio della propria competenza a definire i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza, è legittimo per uno Stato membro considerare che la cittadinanza sia espressione di un legame effettivo [*genuine link*] tra se stesso e i propri cittadini e collegare, di conseguenza, all'assenza o alla cessazione di un siffatto legame effettivo la perdita della sua cittadinanza».

Per la dottrina richiamata v. R. Palladino, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale e "due regard" per il diritto dell'Unione europea*, cit., p. 12.

⁶⁸ Sentenza *JY v Wiener Landesregierung* della Grande Sezione del 18 gennaio 2022 (causa C-118/20) che, a differenza dei noti casi precedenti, vede quale ricorrente una donna divenuta apolide. In commento M.F. Orzan, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, in *Ordine Internazionale e Diritti umani*, n. 5/2019, pp. 997-1014; S. Marino, *La perdita della cittadinanza dell'Unione europea alla luce del principio di proporzionalità*, in *Rivista Eurojus*, 12 luglio 2021.

all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In secondo luogo, in ordine alla possibilità che rilevi l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che sancisce il divieto di discriminazione, in particolare in base alla nazionalità⁶⁹.

A tal proposito si noti come, guardando al panorama del Consiglio d'Europa, una uguale previsione è sancita all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché del domicilio e della corrispondenza. Diverse sono state le pronunce della Corte EDU in materia di revoca della cittadinanza che l'hanno qualificata quale elemento costitutivo dell'identità della persona⁷⁰. Similmente alla Corte di giustizia la Corte EDU ha dimostrato di essere particolarmente attenta all'aspetto della vita privata il cui rispetto viene vagliato dalla stessa in base ai criteri dell'arbitrarietà della decisione adottata dall'autorità pubblica e della proporzionalità rispetto all'obiettivo della sicurezza nazionale.

Dall'analisi condotta sebbene emergano diversi aspetti critici concernenti il rapporto tra i principi elaborati della giurisprudenza delle Corti sovranazionali e il meccanismo applicativo della misura della revoca, non si evince tuttavia il divieto assoluto che la misura trovi applicazione.

È bene ricordare, infine, che per quanto riguarda gli effetti delle norme internazionali pattizie sull'ordinamento italiano, l'art. 26, co. 3, l. n. 91/1992 fa salve, in via generale, le disposizioni previste dagli accordi internazionali, affermandone pertanto la prevalenza sulla disciplina interna. Pertanto, sebbene nel quadro giuridico internazionale non si rilevi alcuna norma che privi gli Stati nazionali della competenza a decidere in merito ai criteri di appartenenza alla comunità nazionale, ferma restando la necessità di garantire un adeguato bilanciamento tra gli interessi dello Stato e quelli dell'individuo, è opportuno vagliare la compatibilità della disposizione in rapporto al divieto di nuova apolidia previsto dall'art. 8, co. 1 della Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia adottata il 30 agosto 1961 a New York, a cui l'Italia ha aderito e dato esecuzione con legge 29 settembre 2015,

⁶⁹ M. Borraccetti, *Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea*, cit., in partic. pp. 200-204; R. Palladino, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale e "due regard" per il diritto dell'Unione europea*, cit., in partic. pp. 19-20.

⁷⁰ Corte Edu, sent. 16 novembre 2020, ric. n. 52273/16, *Ghoumid et Autres c. France*, par. 43; Corte Edu, sent. 26 settembre 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. France*, par. 97; Corte Edu, sent. 11 ottobre 2011, ric. n. 53124/09, *Genovese c. Malta*, par. 33.

La giurisprudenza della Corte Edu sul tema della cittadinanza è corposa, tra le principali pronunce si vedano Corte Edu, sent. 7 febbraio 2017, ric. n. 42387/13, *K2 c. Regno Unito*; Corte Edu, sent. 21 giugno 2016, ric. n. 76136/12, *Ramadan c. Malte*; Corte Edu, sent. 22 dicembre 2020, *Usmanov c. Russia*, ric. n. 43936/18.

n. 162⁷¹. È noto che lo strumento appena richiamato riflette il precipitato di principi internazionali in materia di cittadinanza espressi dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, in particolare, come detto, l'art. 15. I rilievi di incompatibilità sul profilo in oggetto, invero, erano già stati tenuti in considerazione nel parere del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati⁷², tramite il quale, seppur di esito finale favorevole, si suggeriva alla Commissione, sotto il profilo della semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione di chiarire il tenore della disposizione di cui all'articolo 14, co. 1, lett. d), d.l. n. 114/2018 in quanto «la disposizione non chiarisce se la revoca operi anche nel caso in cui, a seguito della medesima, il soggetto condannato per i reati previsti si possa trovare in condizione di apolidia; nel silenzio della norma sembra doversi accedere a tale interpretazione; in senso contrario spinge invece la considerazione che rimane vigente nell'ordinamento la legge n. 162/2015 di autorizzazione alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia del 1961, che consente agli Stati contraenti di mantenere nel proprio ordinamento unicamente le fattispecie di revoca della cittadinanza previste al momento della firma, della ratifica o dell'adesione (e quindi non quella di cui all'articolo 14, introdotta successivamente)».

Si noti come con la legge 29 settembre 2015, n. 162, di ratifica della citata Convenzione, lo Stato italiano, all'art. 2, si è avvalso della citata facoltà prevista espressamente all'art. 8, par. 3, della Convenzione⁷³. Tra i motivi che consentono l'esercizio di tale facoltà è espressamente elencata l'ipotesi del grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato, fattispecie che deve ritenersi integrata dalle condotte di stampo terroristico tra quelle contemplate tra i presupposti oggettivi di operatività della denazionalizzazione. Tuttavia, non si tratta di fattispecie già previste dall'ordinamento interno al momento dell'apposizione della riserva, nel 2015, ma introdotte successivamente, nel 2018, e

⁷¹ Si aggiunga anche la Convenzione europea sulla nazionalità, firmata il 6 novembre 1997, entrata in vigore il 1 marzo 2000, ma non ratificata dall'Italia.

⁷² Il parere è contenuto nel documento n. C. 1346-A della Camera dei deputati consultabile al link http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1346_A.18PDL0037320.pdf. Si veda in partic. p. 4.

⁷³ Ai sensi dell'art. 1, par. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia del 1961 «[...] uno Stato Contraente può mantenere il diritto di privare una persona della sua cittadinanza qualora al momento della firma, della ratifica o dell'adesione specifichi l'intenzione di conservare tale diritto su uno o più dei seguenti motivi, a condizione che in quella circostanza tali motivi fossero presenti nel proprio diritto nazionale [...]».

pertanto non rientranti tra quelle per le quali è ammessa dalla Convenzione la deroga alla tutela contro l'apolidia⁷⁴.

8. Conclusioni. Quale identità per la cittadinanza nazionale nel sistema dei principi costituzionali?

Sebbene sia indubbio che, come è stato affermato, la cittadinanza sia un concetto caratterizzato da astrattezza e, in parte, da artificialità perché da un lato si collega indissolubilmente alla sovranità e dall'altro rimanda ad un universalismo spesso sganciato dalle determinazioni storiche concrete⁷⁵, l'introduzione dell'istituto della revoca, che ha inciso sull'aspetto dell'appartenenza allo Stato del cittadino non *iure sanguinis*, ha emblematicamente portato l'attenzione degli studiosi sui vincoli o garanzie minime che, sebbene non scritte, si rinvergono attorno all'istituto della cittadinanza nel moderno Stato democratico⁷⁶.

⁷⁴ Sebbene non espressamente rivolte all'introduzione della misura della revoca, si ritiene che sul punto rilevino le generali e sintetiche osservazioni del Capo dello Stato contenute nella missiva spedita al Governo il 4 ottobre 2018 al momento dell'emanazione del *decreto sicurezza*. Il Presidente afferma: «avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, «restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato», pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'articolo 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia». La missiva del Presidente è consultabile al link <https://www.quirinale.it/elementi/18098>.

⁷⁵ M. Luciani, *L'antisovranismo e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, pp. 124-187, in partic. p. 145, il quale inoltre afferma che l'espressione cittadinanza è anche per tali ragioni "centro semantico di un universo problematico di somma complessità". Si rinvia anche a G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1997, pp. 3-18, in partic. pp. 3-4 per l'affermazione per la quale "La cittadinanza a dire il vero non è più né un concetto, né un principio regola dell'ordinamento, per lo meno non lo è in modo sufficientemente rigoroso e significativo [...] ogni versione di Repubblica o di Stato o di comunità o di collettività politica, sin dai più antichi tempi, si rispecchia in una visione o in una regola di cittadinanza elargita, acquisita, rivendicata ecc.". Il rilievo che la cittadinanza ha nell'ordinamento democratico in termini di relazioni informative che caratterizzano il rapporto tra cittadino e Stato è testimoniato dagli studi sulla cittadinanza amministrativa per i quali si veda B. Ponti, *La trasparenza come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in A. Bartolini e A. Pioggia (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, vol. VIII, *Studi per il 150° anniversario dell'unificazione*, a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace, Firenze, 2016, p. 215 ss.; sul tema della rapporto tra cittadinanza e diritto amministrativo transnazionale v. M. Conticelli e F. Di Lascio, *Cittadinanza amministrativa e diritti transnazionali*, in *Dir. Pub.*, n. 1/2023, p. 107 ss.

⁷⁶ In una prospettiva comparata, è possibile considerare l'esperienza degli altri Stati europei tra i quali la Francia il cui codice civile agli artt. 25 e 25-1 prevede l'istituto della *dèchéance de nationalité* che si avvicina, ma non esattamente, all'istituto della revoca italiano per *ratio*, presupposti e iter. La decadenza dalla cittadinanza è prevista per quattro ipotesi tassativamente elencate, che non riguardano cittadini francesi originari e cittadini francesi non originari che non abbiano una seconda cittadinanza. Differentemente dall'art. 10-bis la disciplina prevede che non può trovare applicazione l'istituto della revoca oltre il limite temporale di dieci o quindici anni dalla data della naturalizzazione o dell'acquisto della cittadinanza francese. Il Consiglio di Stato francese, coinvolto nell'iter di approvazione della disciplina, nel 2014 ha sollevato una questione di costituzionalità della norma con riguardo ai principi di uguaglianza e tutela della vita privata ma

Il dibattito giuspubblicistico finora condotto ha portato la dottrina, in definitiva, a chiedersi se esista un limite costituzionale alla privazione della cittadinanza⁷⁷ e in che termini la precarietà possa dunque caratterizzare lo *status civitatis*⁷⁸.

Da un altro punto di vista, si può analizzare – come si è tentato con il presente lavoro – l’istituto della revoca per il tramite dei suoi presupposti giuridici nonché del suo concreto operare come finora osservato nell’ordinamento nazionale e chiedersi se e in che misura la previsione, per come formulata, sia compatibile con l’impianto dei principi dell’ordinamento nazionale e sovranazionale.

L’impostazione che muove dal considerare la revoca quale vera e propria pena accessoria, la cui pratica applicazione si traduce in un automatismo sanzionatorio, discendente per di più da un presupposto non egualitario, di parcellizzazione irragionevole dell’unitarietà dello *status civitatis*, è valsa a mettere in luce gli aspetti della misura – concretamente patologici – di dubbia compatibilità con l’ordinamento. Per quanto anche la giurisprudenza sovranazionale non si sia mai pronunciata nel senso di un divieto assoluto di applicazione dell’istituto, la misura in sé nasconde, *in nuce*, – si ritiene opportuno sottolinearlo – aspetti critici di potenziale contrasto con la tutela dei diritti e con il principio di non discriminazione e di eguaglianza⁷⁹, i quali, come visto, trovano un criterio di rilievo giurisprudenziale nel rispetto della vita privata (art. 8 CEDU e art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell’UE) e il diritto fondamentale ad una cittadinanza (art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948).

A tal proposito dal dettato normativo di cui all’art. 10-bis, l. n. 91/1992 non si evince previsione alcuna di forme di valutazione – a garanzia dei diritti del condannato e dei suoi familiari – riservata agli attori del procedimento di revoca (tra i quali oltre al Ministro dell’Interno e al Presidente della Repubblica vi è anche il giudice che ha emesso la

il *Conseil Constitutionnel* nel 2015 (*Décision n. 2014-439 QPC du 23 janvier 2015 – M. Ahmed S.*) ha rigettato la questione motivando che l’applicazione della fattispecie non può avvenire in contrasto con diritti costituzionali. Nel febbraio 2023 la *Special Immigration Appeals Commission* del Regno Unito – tribunale di appello che si occupa specificamente di decisioni riguardanti la revoca della cittadinanza – ha confermato la revoca della cittadinanza che aveva raggiunto nel 2019 S. B. nonostante le autorità del paese della presunta seconda nazionalità si fossero rifiutate di riconoscere la cittadinanza alla stessa. A tal proposito si veda M. Dicosola, *La revoca della cittadinanza tra sicurezza nazionale e diritti. Note a margine del caso Shamina Begum*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 2/2021, pp. 161-190; S. Casabona, *Diritti fondamentali, terrorismo e privazione della cittadinanza*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2023, p. 86 ss. che prende in considerazione, comparandole, le discipline in materia di Regno Unito, Francia e Belgio.

⁷⁷ E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit.

⁷⁸ L. Ronchetti, *Anche la cittadinanza diventa precaria*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 95/2018.

⁷⁹ Consiglio d’Europa, *Assemblea Parlamentare*, Risoluzione, 25 gennaio 2019, n. 2263, *Withdrawing Nationality as a Measure to Combat Terrorism: a Human Rights-Compatible Approach?*.

condanna per i reati di cui all'art. 10-bis, l. n. 91/1992) nell'applicazione della misura in rapporto al singolo caso («La revoca della cittadinanza è adottata, [...] con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno»). Aspetto quest'ultimo, dell'automatismo sanzionatorio, che in analogia con quanto sancito nel 2012 e nel 2013 dalla Corte costituzionale con riguardo alla pena accessoria della potestà genitoriale ex art. 569 c.p.⁸⁰, nonché già direttamente in ordine al caso di perdita della cittadinanza⁸¹, appare dubbiamente compatibile con la Costituzione.

Analogamente chiaro è il dettato sotto il profilo dell'individuazione dei cittadini possibili destinatari del provvedimento di revoca («La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, comma 2, 5 e 9, è revocata [...]») e della irragionevole disparità di trattamento in esso insita, contrastante con il principio di cui all'art. 3 Cost. Si differenzia la condizione giuridica del cittadino sulla base del modo di acquisto della cittadinanza, finendo per risultare precarie sotto il profilo della revoca solo alcune categorie di cittadinanza; per l'appunto, la cittadinanza acquisita per opzione al diciottesimo anno del nato in Italia, per matrimonio o per naturalizzazione (rispettivamente artt. 4, co. 2, 5 e 9, l. n. 91/1992), per le quali il cittadino straniero a differenza del cittadino *iure sanguinis* è tenuto rispettivamente a prestare dichiarazione per l'acquisto della cittadinanza e, per le ultime due modalità, una volta raggiunto dal decreto di riconoscimento della cittadinanza del Ministro dell'Interno ex art. 7, l. n. 91/1992 o del Presidente della Repubblica ex art. 9, l. n. 91/1992 è tenuto a prestare giuramento entro sei mesi dalla data di notifica dello stesso, pena l'invalidità del decreto e la necessità di ripresentare la domanda ex art. 10 della medesima legge. A tal proposito non si comprende quale ragionevolezza sia sottesa alla differenziazione tra il regime riservato al terrorista jihadista binazionale e quello applicato al mafioso stragista, cittadino *iure sanguinis*⁸². Come visto, in definitiva, la *ratio* sottesa alla revoca può essere ravvisata sia nella tutela della sicurezza pubblica che nella violazione dell'obbligo di lealtà del cittadino, come lo è per le altre misure preclusive o di decadenza. Ebbene, appare non trascurabile la circostanza per la quale nei casi di preclusione all'acquisto della cittadinanza per condanna penale o per motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, l. n. 91/1992), così come nella previsione di decadenza dalla cittadinanza per accettazione di un impiego o di una carica pubblica in uno Stato o ente

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 31/2012 e sent. n. 7/2013.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 87/1975.

⁸² Così S. Casabona, *Diritti fondamentali, terrorismo e privazione della cittadinanza*, cit., in partic. 113.

estero (art. 12. l. n. 91/1992), non è prevista alcuna differenziazione in rapporto ai cittadini destinatari della misura.

La revoca della cittadinanza, sotto questo specifico profilo, si traduce in un obbligo di fedeltà alla Repubblica irragionevolmente rafforzato per il solo cittadino non originario.

Sotto questo punto di vista è opportuno osservare come la Costituzione attribuisce al concetto di popolo e di cittadinanza una forte valenza unitaria che si desume dalla lettura del co. 2 dell'art. 1 e dell'art. 22, laddove i relativi termini sono impiegati esclusivamente al singolare.

D'altro canto, l'indagine ha messo in luce come a risultare non fondate siano le criticità dell'applicazione dell'istituto della revoca della cittadinanza in ordine all'art. 22 Cost., avendo i Costituenti espressamente circoscritto, in senso restrittivo, la nozione di «motivi politici».

L'aver accostato la misura della revoca al paradigma costituzionale della cittadinanza nazionale per il tramite della giurisprudenza sovranazionale ha, inoltre, suffragato tale prospettiva di necessario temperamento dell'applicazione della misura della revoca rispetto al caso singolo, vincoli – quali la proporzionalità e interessi statali legittimi – che in materia discendono dalla dimensione della tutela sovranazionale cui l'Italia è tenuta al rispetto in virtù degli artt. 10 e 117, co. 1, Cost.

A ben vedere, la novella legislativa ha avuto l'effetto fin da principio di destare l'attenzione degli studiosi anche su altri istituti giuridici inerenti, in vario modo, all'istituto della cittadinanza. Si faccia riferimento al fatto che l'introduzione della denazionalizzazione è avvenuta tramite lo strumento della decretazione d'urgenza, in relazione al quale la dottrina, non ravvisandone i presupposti nel caso specifico, ne ha rilevato l'abuso⁸³.

⁸³ A. Pace, Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge “sicurezza e immigrazione” reso per l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, 18 ottobre 2018 consultabile al link <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/AP-Parere-decreto-sicurezza-18-10-2018.pdf>. Sul punto si vedano anche A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit., pp. 167-199; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., in partic. p. 6; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro” interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., in partic. 29, la quale definisce l'art. 10-bis norma spuria nel contesto dell'intervento in materia di sicurezza e immigrazione. Sul punto si rinvia più diffusamente alla riflessione di L. Viola, *La revoca della cittadinanza e il giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 241 ss., in partic. p. 251, il quale nonostante raccolga le perplessità in ordine allo strumento impiegato, carente sotto il profilo dell'omogeneità dei contenuti, e ai dubbi di costituzionalità della previsione, avanza osservazioni di apertura all'introduzione dell'istituto, così come A. Mitrotti, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel ‘dibattuto’ Decreto sicurezza ‘Salvini’*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, pp. 65-77, in partic. pp. 74-75. Con riguardo all'abuso del ricorso alla decretazione d'urgenza come determinato sia nell'ambito delle modifiche apportate alla disciplina della cittadinanza ai fini della lotta al terrorismo internazionale ma anche, più recentemente, in occasione della pandemia da Covid-19 si veda P. Bilancia, *The Italian Constitution facing the test of the*

È noto come l'evoluzione normativa in materia di cittadinanza si snodi parallelamente alla trasformazione della forma di Stato e dunque, al rapporto tra il cittadino e lo Stato⁸⁴.

La revoca assurge ad una sorta di ostracismo moderno⁸⁵ con il quale lo straniero divenuto cittadino, reo di aver partecipato ad azioni di terrorismo, viene declassato nel suo *status* ad individuo al quale viene tolto l'elemento identitario che la disposizione presuppone non abbia mai avuto. Appare tuttavia importante sottolineare, ancora una volta, che in presenza dei medesimi presupposti le medesime conseguenze giuridiche non si attivano per il cittadino *iure sanguinis*. È evidente come la considerazione della meritevolezza delle finalità per le quali è stato introdotto l'istituto – ossia la lotta al terrorismo internazionale – non permette di sorvolare sulla sussistenza del rilievo in base al quale la condanna definitiva per un medesimo reato, commesso da soggetti che hanno il medesimo *status*, determina conseguenze giuridiche diverse in rapporto al mero criterio di acquisto della cittadinanza e senza la garanzia – per il reo e per la sua famiglia – di una valutazione sull'applicazione della misura da parte delle autorità competenti. Sembra opportuna una riflessione che da un lato garantisca la certezza del diritto e dunque chiarisca se l'istituto si caratterizzi per l'automatismo e dall'altro che si apra una riflessione sulla concreta efficacia di una misura così drastica idonea, se applicata, a produrre casi di apolidia o comunque di clandestinità del soggetto colpito dalla sanzione accessoria.

Covid-19 pandemic, in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, n. 2/2022, pp. 109-120, in partic. p. 111, la quale richiama P. Bonetti *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 237 ss.

⁸⁴ Per lo stretto legame tra cittadinanza e sovranità popolare, nonché rappresentanza politica si rinvia a P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, cit. L'A. afferma che nella sua evoluzione storica la rappresentanza resta politica perché ai rappresentanti viene chiesto di perseguire l'interesse generale, ma al tempo stesso perde il carattere dell'esclusività, intesa come capacità di privare i rappresentati del loro agire politico trasferendolo al Parlamento, divenendo uno degli strumenti mediante il quale il popolo esercita la propria sovranità nella democrazia rappresentativa. È quanto mai avvertita l'esigenza di una riforma istituzionale che ridisegni il ruolo della rappresentanza al fine primario non solo di garantire l'effettività del mandato, come auspicato da A. Papa, *La rappresentanza politica*, cit., in partic. p. 241 ss. e p. 249, ma anche in rapporto all'esigenza di non trascurare l'aspetto della rappresentanza di soggetti stranieri, che non possono vantare la cittadinanza europea, presenti stabilmente nel territorio nazionale. Si rinvia anche a S. Staiano, *Migrazione e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *Federalismi.it*, n. 2/2013, pp. 1-33.

⁸⁵ Nella democrazia ateniese era diffuso l'istituto dell'ostracismo, ne parla Aristotele (Arist., *Ath. Pol.*, 43.4-6) nel descrivere i compiti che spettavano alle assemblee nel IV secolo a.C.: «Nella sesta pritanìa, inoltre, decidono per alzata di mano se sia il caso di procedere all'ostracismo oppure no [...]». L'*óstrakon* era il coccio di terracotta sul quale veniva inciso, da coloro che votavano nell'assemblea popolare, il nome del concittadino ritenuto pericoloso e che pertanto doveva essere messo al bando. In un tempo in cui esistevano *terrae nullius*, dunque, l'esilio era uno strumento alternativo alla pena capitale. Oggi nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale condotta sul territorio sovrano di Stati membri dell'Unione europea o di Stati extraeuropei, l'utilizzo dello strumento della revoca della cittadinanza quale, in definitiva, divieto di ingresso nel territorio dello Stato o atto di espulsione a fini preventivi, pone plurimi interrogativi.

Abstract: L'istituto giuridico della revoca della cittadinanza di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 91/1992, costituisce punto di vista privilegiato per soffermarsi sulla peculiarità del rapporto che intercorre tra il paradigma costituzionale della cittadinanza nazionale e gli istituti di legge ordinaria tramite i quali lo stesso si declina, entrambi considerati alla luce dei vincoli che in materia discendono dalla dimensione della tutela europea e, più in generale, sovranazionale. Il contributo mira a mettere in luce i dubbi di costituzionalità che caratterizzano la permanenza dell'istituto della denazionalizzazione nell'ordinamento nazionale in rapporto ai principi di cui agli artt. 3, 22, 27, co. 3 e 16, nonché 10 e 117 Cost., che concretamente si traducono in una disparità di trattamento tra cittadini per nascita e cittadini di origine straniera, nonché nel pericolo di trascinarsi verso casi di apolidia. Si propone una nuova lettura dell'istituto sulla base del rilievo per cui la misura, quale pena accessoria, si sostanzia in un automatismo sanzionatorio.

Abstract: The legal institution of the revocation of citizenship referred to in Art. 10-*bis* of Law no. 91/1992, constitutes a privileged point of view to dwell on the peculiarity of the relationship that exists between the constitutional paradigm of national citizenship and the institutions of ordinary law through which it is articulated, both considered in the light of the constraints that derive from the dimension of European and, more generally, supranational protection in this matter. The contribution aims to highlight the constitutional doubts that characterise the permanence of the institution of denationalisation in the national legal system in relation to Articles 3, 22, 27(3), and 16(2) as well as articles 10 and 117 of the Italian Constitution, which substantially result in unequal treatment between citizens by birth and citizens of foreign origin, as well as in the danger of being pushed towards cases of statelessness. The legal institution of the revocation of citizenship is an additional penalty automatically imposed as a consequence of the principal penalty, even if not ordered by the Court.

Parole chiave: cittadinanza nazionale – revoca della cittadinanza – principi costituzionali – automatismo sanzionatorio – pena accessoria – apolidia.

Key words: national citizenship – denationalization – constitutional principles – additional penalty – penalty automatically imposed – statelessness.

IN DIFESA DI UN COSTITUZIONALISMO OLISTICO: SULL'INCISO «IN CONDIZIONI DI PARITÀ CON GLI ALTRI STATI» DI CUI ALL'ARTICOLO 11 DELLA COSTITUZIONE*.

di Giuliano Vosa**

Sommario. 1. Introduzione: le condizioni di parità come garanzia della tendenziale omogeneità fra diritto internazionale e diritto costituzionale. – 2. Condizioni di parità come fattore costituzionale condizionante? – 2.1. – Una breve ricostruzione storica. – 2.2. – Globalizzazione vs. democrazia: la perdurante “lotta per la Costituzione”. 2.3. – Critica della “rivoluzione silenziosa”. 3. – Rigidità ed apertura: la vocazione sovranazionale delle costituzioni. – 3.1. – Sovranità e rappresentanza: la qualità olistica delle costituzioni. – 3.2. – Costituzioni e diritto costituzionale dopo lo Stato: le opzioni della dottrina in merito all'integrazione europea. – 3.3. – Indifferenza di tali opzioni di fronte al problema della qualità olistica del costituzionalismo. – 4. – La frammentazione del diritto internazionale e le risposte del costituzionalismo: l'approccio *societal*, o del costituzionalismo sociale. – 4.1. – Frammentazione del diritto internazionale come crisi del rappresentato: le risposte della dottrina. – 4.2. – *Societal constitutionalism* e costituzioni parziali: linee generalissime di un dibattito. – 4.3. – *Societal constitutionalism* e “paura del politico”. – 5. La costituzionalizzazione del diritto internazionale: verso un recupero della qualità olistica del costituzionalismo? – 5.1. – Un processo ad ondate. – 5.2. – Costituzionalizzazione come recupero del politico. – 5.3. – Costituzionalizzazione e condizioni di parità. – 6. Riflessioni conclusive: una proposta *de jure condendo*.

1. Introduzione: le condizioni di parità come garanzia della tendenziale omogeneità fra diritto internazionale e diritto costituzionale.

Il ritorno della guerra sul continente europeo, costringendo gli osservatori a interrogarsi sulle conseguenze del “rientro nella storia”¹ – ammesso che possa mai darsene l'uscita² – ha di nuovo incendiato il dibattito sul significato e sulla portata dell'articolo 11 della

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore t.d., lett. b) di Diritto costituzionale – Università di Catania.

¹ L. Caracciolo, *La fine del doppio vincolo in Europa coglie l'Italia impreparata*, in *Limes (online)*, 17 aprile 2023.

² Nelle parole di M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 1-20, il quale, a p. 11, esplica: “[i] tentativi di neutralizzazione delle contraddizioni che sono compiuti fuori del contesto di una strategia politica di ripensamento dell'integrazione sovranazionale e internazionale sono goffi e destinati al fallimento”.

Costituzione repubblicana,³ ove il celeberrimo ripudio della guerra precede l'altrettanto celebre consenso a limitazioni di sovranità funzionali alla pace e alla giustizia tra le Nazioni. Degli argomenti sollevati, o rispolverati, meno attenzione ha ricevuto un inciso – quello relativo alle condizioni di parità con altri Stati – che pure parrebbe svolgere un ruolo centrale nell'economia della disposizione costituzionale, poiché dal terreno delle relazioni fra ordinamenti s'innalza verso l'empireo dei concetti generali. Per approfondirne il senso, infatti, deve risponderci a questioni afferenti alla teoria della costituzione ed al rapporto fra diritto positivo e diritto giurisprudenziale-sapienziale, nonché, in ultima istanza, agli assetti della relazione fra autorità e libertà nello spazio-tempo in cui ci si trova a navigare.

Si è provato in altra sede ad analizzare la portata e il significato dell'inciso in parola attraverso i cinque passaggi che seguono⁴.

Il primo, di carattere storico, colloca l'articolo 11 nel suo proprio contesto. Con la svolta di Norimberga si delinea un ordine giuridico nuovo, interno ed internazionale, che traduce in pratica il *mai più*, il grido d'orrore dell'umanità dinanzi alla barbarie nazifascista⁵. Perno di tale ordine è il valore della dignità della persona umana, cui è assegnata una centralità inedita sia negli strumenti di diritto internazionale dell'immediato secondo dopoguerra, sia nelle costituzioni adottate in quello stesso torno di tempo⁶. Si instaura così un nesso

³ Considerato nella sua sostanziale unitarietà. Una rassegna delle posizioni sul punto parte da M. Bon Valsassina, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1955, p. 17 ss., *passim*, e A. Cassese, Articolo 11, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di) *Commentario alla Costituzione, I – Principi fondamentali*, Roma-Bologna, Il Foro Italiano-Zanichelli, 1975, p. 565 ss.; comprende M. Benvenuti, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in Osservatorio AIC, n. 3/2022, pp. 20-46, p. 25 ss.; dello stesso A., *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Jovene, Napoli, 2009, p. 29 ss.; cfr. G. De Vergottini, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in Osservatorio AIC, n. 3/2022, pp. 71-90, p. 74 ss.; dello stesso A., *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 52 ss., nonché M. Cartabia e L. Chieffi, Art. 11, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione, I*, Torino, Utet, 2006, pp. 263-305, spec. p. 266 ss. e p. 295 ss., L. Carlassare, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, pp. 1-17, spec. p. 8 ss., e C. De Fiores, *L'Italia ripudia la guerra? La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma, Ediesse, 2002, p. 27 ss.

⁴ Si permetta il rinvio a G. Vosa, *"In condizioni di parità con altri Stati": spunti per una rilettura dell'articolo 11 della Costituzione*, in DPCE – online, 2023, di prossima pubblicazione.

⁵ M.R. Saulle, *Il senso della legalità nel processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Atti del Simposio internazionale (Lecce, 5-7 dicembre 1997) Milano, Giuffrè, 1998, p. 35 ss.

⁶ Y. Arieli, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and his Rights*, in D. Kretzmer e E. Klein (a cura di) *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer, The Hague, 2012, pp. 1-18. Cfr. P. Häberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1-79; P. Becchi, *Dignità umana*, in U. Pomarici (a cura di) *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 153 ss., e G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2016, pp. 247-306.

primigenio tra la dignità della persona quale *Selbstzweck*,⁷ scopo in sé, e la finalità ultima di scongiurare la guerra, perseguendo pace e giustizia fra le Nazioni.

Il secondo ha carattere teorico generale, e si accinge a ricostruire i tratti salienti di questo nuovo ordine giuridico. Le implicazioni ermeneutiche della dignità, nel contesto così disegnato, ruotano intorno a due assi cardinali, in rapporto dialettico col principio-libertà⁸. Da un lato la dignità è dono, presupposto logico (e per alcuni anche giuridico)⁹ del riconoscimento di diritti inviolabili in capo all'individuo,¹⁰ come singolo e membro di formazioni sociali ove si dispiega la sua personalità¹¹. Dall'altro lato è conquista, traguardo da raggiungere con l'esercizio consapevole di libera auto-determinazione,¹² la quale da individuale si fa collettiva¹³ nel quadro dello Stato costituzionale di diritto, ove la libertà del singolo trova il suo limite nella libertà eguale altrui¹⁴.

Il terzo e il quarto muovono dalla rilettura, rispettivamente, degli strumenti di diritto internazionale e costituzionale che traducono in pratica i dettami etici del nuovo ordine.

Il diritto internazionale, sull'onda dei valori cui proclama di aderire, ambisce a dirigersi agli individui anche in maniera diretta – a prescindere, cioè, dall'azione – e dal filtro – (dei governi) degli Stati. In tal senso, dichiara di rispettare la dignità della persona, sia come auto-determinazione libera dei popoli, sia come fondamento dei diritti: da essa fa discendere il vincolo al perseguimento della pace e della giustizia su scala universale.

Di qui, l'analisi si affaccia al diritto costituzionale. Fondato anch'esso sulla dignità della persona, esso istituisce la forma di Stato di democrazia pluralista in quanto l'unica capace di assicurarne la piena valorizzazione – quale conquista e dono – sul duplice crinale, rispettivamente, della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti. L'una poggia sul

⁷ Secondo l'accezione di cui in I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) ed. it. (N. Pirillo) *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1992, spec. p. 82 ss.

⁸ P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 145 ss., p. 153.

⁹ Cfr. G. den Hartogh, *Is human dignity the ground of human rights?*, in M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword e D. Mieth (a cura di) *The Oxford Handbook of Human Dignity*, Oxford University Press, 2014, 200-207; A. Barak, *Human Dignity*, Cambridge University Press, 2015, p. 104 ss.

¹⁰ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, p. 8 ss.

¹¹ A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC* (vecchio sito) 2 luglio 2010, pp. 1-22.

¹² P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 77-137, p. 102 ss.

¹³ C. Möllers, *'We are (afraid of) the People': Constituent Power in German Constitutionalism*, in M. Loughlin, N. Walker (a cura di) *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2007, pp. 87-105.

¹⁴ É. Balibar, *La proposition de l'égaliberté. Essais politiques 1989-2009*, Paris, PUF, 2010, Parte I.

suffragio universale generale; l'altra, sulla giurisdizione costituzionale. Risalta, per tal via, la diversità di tali costituzioni rispetto a quelle *ottriate* dell'Ottocento¹⁵: a fissare il contenuto concreto dei diritti contribuiscono coloro che ne risultano titolari, mediante le vie a ciò predisposte dalla Carta costituzionale. Ne deriva un nuovo equilibrio fra individualismo e organicismo sotto il profilo della relazione potere-individuo¹⁶, nonché, quanto alla produzione giuridica, tra formante positivo a matrice volontaristica e formante sapienziale-giurisprudenziale a matrice razionalistica-etica¹⁷.

Il quinto passaggio s'incentra sulle relazioni fra ordinamenti. Emerge che l'articolo 11 – al pari dei suoi omologhi nel panorama comparato¹⁸ – disegna la mappa di un nuovo rapporto fra diritto internazionale e diritto costituzionale, che risponde altresì a una nuova maniera d'intendere entrambi. I fondamenti di tale rapporto, per semplicità, possono allinearsi attorno a due poli.

In primo luogo, la reciproca cooperazione. Ben lungi dal rinverdire i tempi dello *Äußeres Staatsrecht*,¹⁹ da un canto, e dell'autocratico Stato identitario dall'altro²⁰ – invero, due facce di un'unica medaglia – il diritto internazionale contemporaneo, al fine di perseguire gl'ideali di pace e giustizia, scommette sul diritto costituzionale statale e sulla sua capacità di preservare la democrazia pluralista: si basa, infatti, sul presupposto per cui il successo di questa forma di Stato, tenendo alla larga gli autoritarismi del Novecento, sia mezzo per la tutela della pace che proprio quei nazionalismi avevano per primi contribuito a perturbare.²¹ Dal canto suo, pure il diritto costituzionale si apre al livello internazionale, seguendo due modalità. Per un verso, si arricchisce di norme tese ad irreggimentare l'attività estera del Governo, specie quella relativa alla politica militare. Per altro verso, si costruisce su una dicotomia apparentemente contraddittoria – quella tra rigidità sul piano

¹⁵ L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006 (15 febbraio), pp. 1-40.

¹⁶ G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2023, p. 85 ss.

¹⁷ Su cui G. Campanini, *Ragione e volontà nella legge*, Milano, Giuffrè, 1964, spec. p. 25 ss.

¹⁸ Si permetta il rinvio a G. Vosa, *"In condizioni di parità con altri Stati": spunti per una rilettura dell'articolo 11 della Costituzione*, cit.

¹⁹ Un concetto che affonda le sue radici nel pensiero hegeliano: cfr. S. Dellavalle, *Hegels äußeres Staatsrecht: Souveränität und Kriege recht. Über eine schwierige Verortung zwischen universaler Vernunft und einzelstaatlichem Ethos*, in W. Pauly (a cura di) *Der Staat – eine Hieroglyphe der Vernunft. Staat und Gesellschaft bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 177-198. Sull'eredità successiva, S.M. Spitra, *Normativität aus Vernunft: Hegels Völkerrechtsdenken und seine Rezeption*, in *Der Staat*, 56:4, 2017, pp. 593-619.

²⁰ G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 135 ss.

²¹ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (II ed., 1951) New York, Harcourt, 1973, in part. p. 389 ss.

interno e apertura al piano inter-/sovra-nazionale – che riprende l'afflato universalistico dei coevi strumenti internazionali, poiché può funzionare solo se la rigidità trova un effettivo contraltare, e completamento, nell'apertura.

In secondo luogo, la tendenziale omogeneità nelle soluzioni concrete. Affinché il diritto internazionale e il diritto interno possano perseguire pace e giustizia nel segno della dignità della persona – dunque, della tutela della libera autodeterminazione degli Stati e dei diritti fondamentali degli individui – fra di essi dev'esserci una reciproca, tendenziale omogeneità; altrimenti, l'intero edificio verrebbe meno. Dal lato del diritto internazionale, infatti, vi sarebbe l'abdicazione alla propria giuridicità dinanzi al diritto interno, oppure l'imposizione contro l'autodeterminazione dei destinatari. Dal lato del diritto costituzionale, dovrebbe rinunciarsi a una delle caratteristiche sopra citate: l'apertura – se prevalesse il diritto interno – o la rigidità, qualora fosse il diritto internazionale ad applicarsi.

Le costituzioni contemporanee mettono in piedi svariati meccanismi per assicurare tale omogeneità, il primo dei quali è la ratifica parlamentare di quegli accordi internazionali aventi peculiare sensibilità politica²². Rispetto a tal previsione, l'inciso «in condizioni di parità» costituisce indispensabile *pendant*, impedendo che dalla stipula da un determinato accordo discendano, in via diretta o indiretta, obblighi inconferenti rispetto al testo iniziale senza che l'organo rappresentativo adotti un'adequata base giuridica in seguito a un'assunzione commisurata di responsabilità politica.

Senza tendenziale omogeneità, dunque – senza l'impegno politico a costruirla, affrontando le controversie nelle sedi opportune – il conflitto assumerebbe toni radicali, poiché l'applicazione del diritto verrebbe vissuta come indebita etero-imposizione, depauperandosene la capacità pacificatrice. Donde, il pericolo che, da parte degli esclusi, la soluzione non sia che la *resistenza*, anche armata, a tal imposizione, pur se conducesse all'uso irregolato della violenza²³.

²² Su cui A. Cassese, *Commento all'art. 80*, in G. Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, p. 150 ss. Più di recente, A. jr. Golia, *La fortezza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, pp. 45-100.

²³ Su cui A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 122 ss., e J.I. Ugartemendía Eceizabarrena, *El derecho de resistencia y su "constitucionalización"*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 103/1999, pp. 213-245.

L'omogeneità, come si è altrove analizzato²⁴, comporta la neutralizzazione della disputa intorno al confine tra ordinamenti: finché le soluzioni dell'uno e dell'altro, fatto salvo il margine di apprezzamento riservato ai decisori del caso concreto, risultino di fatto omogenee, la risoluzione della controversia può prescindere dall'interrogativo sulla sovranità, rinviandosi *sine die* la risposta su quale delle due – quella interna, o quella internazionale – sia l'autorità legittima. Finché si dia omogeneità tendenziale, in altri termini, il diritto internazionale s'impone sul diritto interno ma non lo infrange: di qui la coesistenza di rigidità ed apertura.

In conclusione, il diritto costituzionale e il diritto internazionale nel dopo-Norimberga cooperano al fine di raggiungere, mediante l'omogeneità delle soluzioni concrete, una pace universale tendenzialmente perpetua nel segno della dignità umana, *à la Kant*²⁵; e l'articolo 11 – segnatamente, l'inciso sulle condizioni di parità – scandisce il ritmo di questa cooperazione, imponendo il rispetto per l'auto-determinazione delle persone uguali all'interno di ciascuno Stato malgrado le diversità fra di essi sul piano politico, economico e militare.

Una clausola senz'altro controfattuale, di *contro-condotta* in senso foucaultiano,²⁶ come nella bella pagina di Laura Ronchetti²⁷; giacché pretende di opporsi a un fatto, quello dello squilibrio tra grandi potenze, Stati medi e Stati piccoli, che da sempre caratterizza il mondo delle relazioni internazionali²⁸.

Tal vocazione potrebbe rendere l'articolo 11 un fattore costituzionale condizionante: cioè una norma costituzionale capace di trascendere la dimensione statale per assurgere al piano dei rapporti fra Stati fino al punto da influenzare la loro condotta. In tal senso, nondimeno, dovrebbe approfondirsi il significato concreto, in uno alle conseguenze che dalla sua applicazione potrebbero derivare. In generale, può ipotizzarsi, essa s'indirizzerebbe al Governo italiano, cui prescriverebbe sia di far esprimere il Parlamento su questioni di

²⁴ Si permetta il rinvio a G. Vosa, "In condizioni di parità con altri Stati": spunti per una rilettura dell'articolo 11 della Costituzione, cit.

²⁵ I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795) ed. it. a cura di A. Massoni, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, Milano, Sonzogno, 1883, spec. p. 32 ss.

²⁶ M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-78)*, ed. it. a cura di P. Napoli, F. Ewald, A. Fontana e M. Senellart, *Sicurezza, territorio, popolazione – Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 88 ss.

²⁷ L. Ronchetti, *Il nomos infranto: Globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, Jovene, 2007, p. 115 ss., p. 117.

²⁸ R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale. Problemi comparatistici*, Milano-Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 2 ss. e p. 64 ss.

politica estera, di sicurezza, di difesa e militare politicamente delicate, sia di riconoscere analoga facoltà ai Parlamenti di altri Stati là dove ne ricorressero le circostanze.

Verificare quest'ipotesi è lo scopo del presente lavoro, che si propone di rispondere alla domanda che segue: se e in che modo la clausola sulle condizioni di parità opererebbe nei rapporti esterni alla dimensione statale.

La traccia si articola in quattro punti, ciascuno dei quali si articola a sua volta in tre parti.

Il primo risponde a una questione preliminare: se tale effetto possa concretamente esplicarsi.

Posta una breve premessa storica, si lega la fattibilità dell'ampliamento alle norme costituzionali della nozione di fattore condizionante all'evoluzione del diritto stesso, internazionale e interno, che da un approccio stato-centrico – in cui gli Stati, sui due piani, detengono il monopolio del diritto legittimo – si apre alle molteplici dimensioni della globalità, ove diritto interno ed internazionale non stanno rigidamente separati ma interagiscono fra loro.

Stando così le cose, la domanda sul *se* interroga la forza prescrittiva della Costituzione nei riguardi del diritto internazionale: a dibattito è l'ipotesi per cui il superamento dello stato-centrismo abbia marginalizzato le Carte costituzionali nazionali minando l'ordine composito che su di esse s'incentrava e rendendo nei fatti inefficace qualunque vincolo di diritto interno avverso il diritto internazionale – sicché l'interazione si risolve, nella pratica, in *etero-supremazia* ogni volta che a ciò trascini la nuda forza del fatto.

La risposta è che le costituzioni statali – in uno all'intero ordine post-Norimberga – non sono cadute definitivamente nell'oblio, vittime di una *rivoluzione silenziosa*, ma hanno subito un'evoluzione frutto di un'interpretazione legittima ancorché di parte – la quale, quindi, deve a quell'ordine la sua legittimazione e non può ignorarne le coordinate. Di tal ché, il diritto che emana dalle dimensioni della globalità deve accordarsi col diritto delle costituzioni statali nei termini di una tendenziale reciproca omogeneità, giacché entrambi hanno a scaturigine etica il valore della dignità di persone eguali e mirano al perseguimento di pace e giustizia.

Il secondo punto illustra, in chiave teorico-costituzionalistica e con supremo sforzo di sintesi, i fondamenti della produzione di diritto delle Carte di democrazia pluralista, per comprenderne il funzionamento in vista di una trasposizione nel quadro non più stato-centrico ove si ritrovano.

Individua all'uopo due categorie fondamentali – sovranità popolare e rappresentanza generale – che consentono l'integrazione dei cittadini, su un piede di parità, nelle articolazioni istituzionali dello Stato. Il combinato agire di tali concetti fa sì che la costituzione assuma una qualità *olistica*, per cui essa s'indirizza alla società nel suo insieme e si volge a disciplinarne le relazioni interne avendo a riguardo la persona umana in quanto tale, nella sua umana dignità. Tale qualità presuppone l'eliminazione delle differenze di ceto o *status* e l'inclusione tendenziale di tutti, in quanto persone eguali, nella comunità statale regolata dal diritto, ove l'unitarietà della persona-rappresentato si riflette nell'unità dello Stato sovrano.

Si deduce, allora, che alla base del perseguimento dell'omogeneità fra diritto interno e diritto internazionale stia la tutela di una siffatta qualità olistica, tratto massimamente distintivo del costituzionalismo del secondo Novecento, anche nello scenario di un diritto non più stato-centrico che rapidamente viene a delinearsi. All'uopo, si analizza più da vicino il moto evolutivo che ha condotto a tale scenario, concentrandosi, in specie, sull'evoluzione del diritto interno ed internazionale nei loro reciproci rapporti, e leggendo la frammentazione di questo come conseguenza dello stravolgimento delle succitate categorie – rappresentanza e sovranità – su cui quello è venuto a costruirsi. Dall'ottica del diritto interno, esaminate le opzioni teoriche formulate in replica a tal evoluzione – in primo luogo quanto all'integrazione europea, il più approfondito esempio di organizzazione internazionale evoluta verso approdi costituzionalistici – deve, tuttavia, prendersi atto della loro relativa indifferenza di fronte al problema che qui rileva, ovverosia la difesa della qualità olistica del costituzionalismo dopo lo Stato.

Il terzo punto affronta il problema della rottura dello stato-centrismo dall'ottica del diritto internazionale.

In prima battuta, guarda alla frammentazione del diritto internazionale come conseguenza della disgregazione delle categorie del diritto costituzionale statale, ossia le citate sovranità e rappresentanza. Tale disgregazione certifica la *crisi del rappresentato*, segmentato in molteplici rivoli che, pur intercettando ciascuno una parte dei suoi interessi, perdono di vista l'unitarietà della persona come singolo e membro del consesso sociale, non riuscendo più ad attingervi come scopo in sé.

In secondo luogo, si sofferma sulle riflessioni provenienti dalle dottrine del *societal constitutionalism*, che separano drasticamente Stato e costituzione riferendo quest'ultima

a singoli settori sociali residuanti dalla segmentazione della rappresentanza. La peculiarità di questo filone d'indagine è che, prendendo le mosse da studi sociologici contemporanei, si dirige direttamente ai privati in quanto elementi di sistemi funzionalmente differenziati, capaci di produrre da sé il diritto loro applicabile fino all'istituzione di meta-norme settoriali; donde il nome di costituzioni *parziali*, o *civili*, alle discipline di settore che si individuano ad oggetto di studio.

Infine, pur nell'apprezzamento per la potente raffigurazione del reale che offre, si sottopone questa linea di pensiero a revisione critica: essa, nel tentativo di cavalcare, assecondandola, la frammentazione, finisce con l'offrirle una patente di legittimità, pagando il prezzo di rileggere il costituzionalismo in senso non olistico – ed esaurendone, in tal modo, le risorse di legittimazione.

Il quarto punto segue il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto internazionale, che si pone ora in antitesi, ora a completamento, delle c.d. costituzioni parziali.

Tale fenomeno ha vissuto, nella ricostruzione offertane dalla dottrina, tre ondate. L'ultima di esse, riscoprendo l'eredità olistica del costituzionalismo del secondo Novecento, implica la ri-politicizzazione delle decisioni assunte nelle arene internazionali. Lo scopo è contrastare la tendenza dei sistemi e dei loro *medium*-logiche di funzionamento alla prevaricazione reciproca, la quale cagionerebbe o avallerebbe diseguaglianze strutturali fra le persone che li abitano. In tal modo, il recupero della qualità olistica del costituzionalismo si aprirebbe alla considerazione per cui, in un mondo a risorse finite, non sarebbe più sufficiente, dall'ottica dello studioso di diritto costituzionale, limitarsi a prendere atto delle *collisioni* tra sistemi diversi²⁹; servirebbe, piuttosto, attrezzarsi per rinvenire canoni comunicativi inter-sistemic³⁰ universalizzabili,³¹ in vista di una mutua riconoscibilità tra

²⁹ G. Teubner, *Inter-Constitutional Collisions*, in Id., *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012, pp. 150-174; cfr. C. Joerges e M. Everson, *Re-conceptualising Europeanisation as a Public Law of Collisions: Comitology, Agencies and an Interactive Public Adjudication*, in H.C.H. Hofmann e A.H. Türk (a cura di) *EU Administrative Governance*, Cheltenham, Elgar, 2006, pp. 512-540.

³⁰ N. Walker, *The EU's Unresolved Constitution*, University of Edinburgh School of Law WP 2011/15, pp. 1-33, spec. pp. 11-13.

³¹ M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (a cura di) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-538.

attori eterogenei che, malgrado la diversità delle rispettive logiche di funzionamento, rimetta al centro la persona in quanto tale³².

In tal senso, si conclude, la clausola sulle condizioni di parità offrirebbe un notevole contributo, poiché aiuterebbe a ricondurre all'organo di rappresentanza generale un ventaglio disarmonico di rappresentanze parziali, spesso fra loro in antitesi e a rischio di tentazioni neo-corporative, costringendole a dialogare fra loro sia in veste di attori privati, sia attraverso i rapporti fra Stati – quindi, a fabbricare i codici per un linguaggio comune, al di là delle ovvie differenze di peso economico, politico e finanche militare tra i soggetti in campo.

Nelle riflessioni conclusive, si proverà ad avanzare tre ipotesi – *de jure condendo* – di applicazione della clausola in parola.

2. Condizioni di parità come fattore costituzionale condizionante?

Nella geopolitica classica nessun vincolo poteva essere apposto agli Stati nella loro azione sulla scena internazionale³³. Unici fattori condizionanti³⁴ erano, pertanto, quelli naturali, imm modificabili: terra e mare. Tale approccio, a ben vedere, è coerente con un impianto stato-centrico del diritto³⁵. Rispetta, infatti, il monopolio degli Stati nella produzione giuridica, e preserva una rigida separazione fra la dimensione interna a ciascuno Stato e la sfera dei rapporti fra gli Stati – dunque, fra diritto costituzionale e diritto internazionale – lasciando che il potere estero si concentri esclusivamente nelle mani dell'esecutivo³⁶.

Pertanto, che una norma di diritto costituzionale nazionale concernente l'assetto istitutivo di un'organizzazione internazionale di cui lo Stato è parte possa dispiegare efficacia verso tale organizzazione, o comunque in un quadro internazionale, pare poco giustificabile se s'inforcano gli occhiali della dogmatica classica. Diviene, tuttavia, fattibile e perfino

³² A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013, pp. 1-34. Da ultimo, E. Caterina, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, spec. p. 165 ss.

³³ R. Ibrido, *I "fattori costituzionali condizionanti" della politica estera tra diritto e geopolitica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2022, pp. 343-378, spec. p. 347 ss.

³⁴ M. Graziano, *Geopolitica. Orientarsi nel grande disordine internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2019, spec. Cap. IV.

³⁵ Cfr. A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 74 ss., p. 213 ss., p. 270 ss.

³⁶ R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza*, cit., p. 46 ss., p. 50.

naturale in virtù della comunanza etica che muove da Norimberga, da cui discende il superamento dell'impianto stato-centrico proprio del diritto interno e del diritto internazionale.

2.1. Una breve ricostruzione storica.

Invero, l'approccio stato-centrico è revocato in dubbio già nei primi decenni del Novecento, allorché il livello statale affronta un conflitto sociale dirompente. Già sul finire degli anni Dieci è chiaro a Santi Romano che le strutture statali si stiano rivelando insufficienti a tenere insieme i molteplici rivoli della società³⁷; qualche anno prima, era stato Maurice Hauriou a denunciare apertamente una tale insufficienza a fronte di un esuberante *vitalismo sociale*³⁸. Corposo è il dibattito in tal senso nella Germania weimariana, che dall'elogio della democrazia parlamentare di Hans Kelsen³⁹ muove alla valutazione della necessaria omogeneità sociale⁴⁰ in Hermann Heller ed assiste alla torsione autoritaria celebrata da Carl Schmitt, che celebra il funerale della Repubblica riscrivendone i termini della relazione col popolo tedesco⁴¹.

In tale contesto, già nell'interludio fra le due guerre, una prima breccia si apre nell'ordito del diritto positivo, prevedendosi forme di controllo sull'operato del Governo in politica

³⁷ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della R. Università di Pisa, 4 novembre 1909, Pisa, Vannucchi, pp. 1-32, p. 13 ss. Cfr. altresì A. Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e società*, n. 3/2013, pp. 461-492, nonché gli scritti di altri partecipanti a «*Lo Stato moderno e la sua crisi*» A un secolo dalla prolusione pisana di Santi Romano, Giornata di studi co-organizzata dal Consiglio di Stato e dall'AIC, Palazzo Spada, Roma, 30 novembre 2011.

³⁸ M. Hauriou, *Principes de droit public*, II ed., 1916, Paris, Sirey, pp. 7 ss. e p. 125 ss., *passim*; dello stesso A., cfr. *La Théorie de l'institution et de la fondation : Essai de vitalisme social* (1925) in *Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, pp. 89-128. Cfr. altresì J. Schmitz, *Le vitalisme dans la théorie de l'État de Maurice Hauriou*, in T. Pouthier (a cura di) *Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019, pp. 89-111.

³⁹ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920; II ed., 1929) ed. in lingua spagnola a cura di J.L. Requejo Pagés, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2006; cfr. la relazione dello stesso J.L. Requejo Pagés, *De la esencia y valor de la democracia, cien años después*, Seminario – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 16 gennaio 2020, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40:118, 2020, pp. 309-317.

⁴⁰ H. Heller, *Politische Demokratie und Soziale Homogenität* (1928); edizione inglese a cura di D. Dyzenhaus, *Political Democracy and Social Homogeneity*, in A. Jacobson, B. Schlink (a cura di) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Los Angeles, University of California Press, 2001, pp. 256-264.

⁴¹ C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, spec. p. 32 ss.

estera⁴². Tali misure hanno un duplice fine: soddisfare l'esigenza di certezza e stabilità nei rapporti fra istituzioni statali, ed interporre gli organi rappresentativi fra il Governo e lo svolgimento di attività belliche. Per un verso, quindi, offrono la soluzione a un problema pratico: evitare attriti e discordanze tra le istituzioni nazionali che possano minare l'effettività del diritto internazionale. Per altro verso, preludono a una posizione teorica netta, che anticipa l'approccio poi adottato all'indomani del 1945: la convinzione che la guerra sia affare di *élites* ristrette, da esse ispirata per loro tornaconto, e che una maggior ponderazione consentirebbe di evitarne almeno una parte⁴³. Di qui l'idea di sottrarre all'esecutivo il monopolio sul potere estero, allargando lo spettro dei soggetti istituzionali che prendono parte al suo esercizio.

Non sorprende, allora, che nei decenni successivi l'idea di un limite costituzionale all'azione dello Stato sulla scena internazionale si rafforzi notevolmente, facendo sistema con la proclamazione di diritti inviolabili e con l'affermazione generalizzata, mediante il suffragio universale generale e diretto, della forma di Stato di democrazia pluralista. Le Carte del secondo dopoguerra prevedono molteplici vincoli siffatti, servendosi – nella classificazione proposta dalla dottrina – di cinque diverse tipologie di norme⁴⁴. Fra di esse, le clausole di cooperazione, ponendo obblighi procedurali, si accreditano come le più efficaci, giacché dotate di maggior effettività.

In una simile temperie, la geopolitica amplia la nozione di fattore condizionante per includervi eventi non naturali, bensì sociali, politici ed economici: quindi, elementi controllabili e manipolabili dall'uomo. È merito di Renato Ibrido l'aver ampliato tale nozione alle norme costituzionali, ipotizzandone la capacità di limitare l'azione degli Stati

⁴² B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, in *Revue du droit public et de la science politique à l'étranger*, 1928, pp. 5-53; dello stesso A., cfr. *La technique parlementaire des relations internationales – Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* – n. 56/1937, pp. 219-297, p. 243 ss., *passim*.

⁴³ *Ibid.*; se ne veda l'ampio commento in A. Carena, *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, in *Annali di scienze politiche*, n. 4:3/1931, pp. 248-258. Cfr. altresì B. Mirkine-Guetzevich, *Droit international et droit constitutionnel – Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* – n. 38/1933, pp. 311-463. Sugli sviluppi del c.d. diritto della pace, cfr., dello stesso A., *Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix (Droit constitutionnel de la paix) – Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* – n. 45/1933, pp. 673-799, che conclude (p. 772) affermando che “*La consolidation de la paix par le droit constitutionnel est une tendance manifeste du droit public moderne*”.

⁴⁴ R. Ibrido, *L'art. 11 della Costituzione come clausola di cooperazione societaria e “fattore costituzionale condizionante” della politica estera italiana*, ne *Il Filangieri – Quaderno* 2022, pp. 37-65, p. 42 s.

nell'arena internazionale⁴⁵.

Ora, appurato che il vincolo costituzionale all'azione degli Stati in politica estera, nonché militare e di difesa, è storicamente e giuridicamente fondato, la consapevolezza della necessaria interazione tra diritto interno e internazionale conseguente all'instaurazione dell'ordine composito post-Norimberga dovrebbe far propendere per un deciso sì alla domanda sull'applicabilità della nozione di fattore costituzionale condizionante all'inciso sulle condizioni di parità. Tuttavia, tra la lettera della norma e la pratica dei rapporti giuridico-costituzionali v'è un margine non ignorabile, e l'elefante nella stanza – la prescrittività generale della Costituzione, o meglio il progressivo, all'apparenza irrimediabile, calo di tale prescrittività⁴⁶ – non va nascosto, ma apertamente disvelato, perché stanarlo vale altresì a piantare il seme di una non evitabile, anzi auspicabile, riflessione di metodo.

Tale riflessione gira attorno al seguente punto: se, terminato con la fine dello statocentrismo il monopolio degli Stati sulla produzione giuridica, le costituzioni – *asset* cruciale dell'ordine composito post-Norimberga – abbiano ancora una riserva di potere tale da opporsi alla forza debordante del fatto⁴⁷; ossia al disequilibrio politico, sociale, economico e militare che pervade, non da oggi, gli attuali rapporti internazionali⁴⁸.

2.2. Globalizzazione vs. democrazia: la perdurante “lotta per la Costituzione”.

Occorre giocare, allora, fino in fondo la partita *globalizzazione* vs. *democrazia*, nelle parole di Antonio Baldassarre⁴⁹. Questa partita ruota attorno a un tema fondamentale, che per brevità – prendendo in prestito una felice espressione di Joseph Weiler⁵⁰ e di Giuseppe

⁴⁵ R. Ibrido, *I “fattori costituzionali condizionanti della politica estera tra diritto e geopolitica*, cit., p. 351 ss.

⁴⁶ Segnalato, non da ora, dalla dottrina: per tutti G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2021, pp. 9 ss., p. 29 ss., *passim*.

⁴⁷ M. Dogliani, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. Cassese e G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 61-73.

⁴⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 130-146, *passim*.

⁴⁹ A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 37 ss. e p. 303 ss.

⁵⁰ J.H.H. Weiler, *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, n. 26/1994, pp. 510-534.

Martinico⁵¹ – potrebbe, forse, indicarsi come il problema della *rivoluzione silenziosa*.

È pacifico che il tramonto dello stato-centrismo abbia cagionato mutamenti non insignificanti nei rapporti fra diritto interno e internazionale, nonché nella concezione di entrambi così come scaturiti dall'ordine post-Norimberga. Ora: questi mutamenti sono tali da rendere recessivo, ovvero carente di forza giuridica precettiva, quell'ordine e il diritto che ne deriva, oppure no? Se sì, all'assetto costituzionale ed internazionale imperniato sulla dignità umana, dono e conquista, postulato dei diritti fondamentali e della libera autodeterminazione individuale e collettiva, si sarebbero di fatto sostituiti nuovi assetti organizzativi e nuove forme di tutela dei diritti – specifici, gli uni e le altre, della globalità – che *silenziosamente*, senz'espressa revisione secondo le forme prescritte, avrebbero soppiantato i precedenti. Se invece no, se l'ordine post-Norimberga, che tiene assieme strumenti internazionali generali come le Carte ONU e CEDU, da un lato, e dall'altro le costituzioni del secondo dopoguerra, prescrivendone la tendenziale reciproca omogeneità, permane nella sua giuridica vigenza, allora quell'ordine costituisce il parametro per valutare la legittimità dei nuovi assetti organizzativi e delle nuove forme della tutela dei diritti – gli uni e le altre, quindi, non già spontaneamente cresciuti nel vacuo della recessività del diritto (pre-)vigente ma diretta derivazione di quello, al quale debbono la loro legittima esistenza.

È chiaro che se la risposta è sì, l'articolo 11 non può sprigionare effetti preclusivi rispetto al diritto internazionale, poiché si riconoscerebbe a quest'ultimo capacità di conformare il diritto costituzionale fino a stravolgerne i connotati. L'approdo ultimo di quest'opzione è la tesi di Nicola Lupo,⁵² che rovescia il banco e arruola il diritto interno quale argine contro eventuali resistenze nazionali all'applicazione pedissequa del diritto internazionale – con le quali, per paradosso, diventerebbero illegittime in forza dell'ordinamento nazionale.

Se invece la risposta è no, allora la Carta costituzionale repubblicana svolge un ruolo di mediazione fra il diritto internazionale e quello interno, nonché tra le forme e i modi in cui entrambi chiedono applicazione. In tal caso, le norme costituzionali conterebbero su una propria prescrittività, tale da vincolare lo Stato italiano – e, per tal via, gli Stati con cui

⁵¹ G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009, in part. pp. 17 ss. e p. 51 ss.

⁵² N. Lupo, *L'art. 11 come "chiave di volta" della Costituzione vigente*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2020, pp. 379-419; dello stesso A., cfr. *L'art. 11 della Costituzione e l'appartenenza dell'Italia all'alleanza atlantica*, ne *Il Filangieri*, Quaderno 2022, pp. 19-36, p. 31 ss.

l'Italia intrattenga rapporti giuridici – ai pilastri dell'ordine post-Norimberga. Se così fosse, e, ovviamente, soltanto in questo caso, l'inciso sulle condizioni di parità avrebbe una *chance* di operare come fattore costituzionale condizionante.

Rispettosi dell'altezza vertiginosa della questione, ci si sente obbligati a dichiarare la propria posizione di principio, che – si scusi l'immodestia della citazione – *preferirebbe di no*, ritenendo di non poter consentire a quella che appare come una vertiginosa, benché melliflua, domanda di abiura. Abiura che si estenderebbe, stando così le cose, allo statuto metodologico, ancorché controverso, del costituzionalista; alla coscienza del ruolo che a questi la società consegna; e, infine, alla medesima lettera del diritto positivo. Si ritiene, *absit iniuria verbis*, di non poter seguire il filo srotolato da Carl Schmitt novant'anni fa⁵³, seguendo il quale la *Bewegung* dei rapporti politico-istituzionali riformerebbe da sé sola le costituzioni democratiche – in uno agli strumenti di diritto internazionale che su tale forma di Stato hanno scommesso – aprendo il varco ad una nuova era⁵⁴. Questo ragionamento non è proponibile per le costituzioni adottate dopo il 1945. Tali costituzioni nascono, infatti, *rigide*. Rigide, non perché prevedano una forma aggravata per la loro revisione;⁵⁵ ma perché quella forma aggravata rivela l'esistenza di un patto fondativo di nuova, più robusta foggia, massimamente inclusivo, che non può smaterializzarsi per fatti concludenti poiché poggia sul consenso di tutti gli strati sociali, tutti in principio ugualmente rappresentati e tutti formati da persone eguali. Non può mai, dunque, ritenersi quel patto silenziosamente superato; almeno, non finché non sia sopita, per ultima, la battaglia politica che tale patto sostiene e rivendica – la *lotta per la costituzione*, come nella bella pagina di Mario Dogliani⁵⁶.

Tale lotta non si è affatto risolta, anzi arde più che mai. Basta raccontarla come tale – compito, senz'altro, del costituzionalista – invece di limitarsi a prendere atto degli esiti che

⁵³ C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., pp. 15 ss., p. 32 ss., *passim*.

⁵⁴ Cfr. I.J. Hück, 'Spheres of Influence' and 'Völkisch' Legal Thought: Reinhard Höhn's Notion of Europe, in C. Joerges e N. Singh Ghaleigh (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and its Legal Traditions*, Oxford-Portland, Hart, 2003, pp. 71-85. Si legga altresì, *ibid.*, J.P. Mc Cormick, *Carl Schmitt's Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration 1923-1955*, pp. 133-141.

⁵⁵ A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione* (1995) in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2001, p. 3 ss.

⁵⁶ Rileggendo M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura* (1997) in Id., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 105-132, l'obbligatorietà giuridica delle norme che originano dalla "costituzione" dell'Unione non cessa là dove la consuetudine di riconoscimento di quest'ultima venga meno, ma soltanto quando "la lotta per l'interpretazione di quella costituzione è cessata" (p. 108).

volta per volta ne hanno segnato le fasi, come se gli accadimenti in cui si articola fossero, in guisa di fenomeni paranormali, esterni al raggio di comprensione e d'influenza delle comunità umane.

È vero che, nei decenni successivi al 1945, e poi sempre più chiaramente a cavallo tra gli anni '70 e '80, le dinamiche politiche, sociali ed economiche mondiali prendono una direzione netta⁵⁷, dapprima marcata dall'opposizione ideologica capitalismo-comunismo, poi contrassegnata dall'affermazione di quello su questo⁵⁸. Di qui la piega globalista che avvolge le costituzioni moderne: la de-politicizzazione crescente della sfera pubblica⁵⁹ – anche sotto la spinta dell'integrazione europea⁶⁰ – e, a contraltare, la solitudine del cittadino globale⁶¹, privato delle sue cerchie comunitarie di riferimento⁶².

Tuttavia, gli strumenti con cui si sono costituite le dimensioni della globalità formalmente s'innestano sul tronco dell'ordine composito delineato dalle costituzioni nazionali e dai coevi strumenti di diritto internazionale. Né quelle né questi sono stati abrogati o disconosciuti; riletti ed interpretati, piuttosto, in modo orientato agli scopi volta per volta prevalenti⁶³. Per cui, non si vede in che modo l'attuale tendenza verso un diritto aperto alla globalità possa implicare il silenzioso accantonamento dell'ordine post-Norimberga, sgretolando in tal modo il ponte tra gli assetti giuridici e politico-sociali che derivano da questa tendenza e quelli definiti nel secondo dopoguerra. Piuttosto, va difesa la tesi per cui l'apertura alle dimensioni della globalità è un modo di evoluzione del diritto, internazionale e costituzionale, scaturito dall'ordine citato: una – solo una, ancorché oggi dominante – delle possibili letture di questo, contenuta *in nuce* nelle sue pieghe. Una lettura politicamente e ideologicamente orientata, talvolta in misura assai marcata, verso un certo

⁵⁷ R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Relazione finale all'omonimo convegno – Catania, 30-31 maggio 2014, in A. Ciancio (a cura di) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, pp. 497-512.

⁵⁸ Per tutti, F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (1992) New York-London-Toronto-Sydney, Free Press, 2006, spec. p. 211 ss., p. 287 ss.

⁵⁹ C. Bickerton e C. Invernizzi Accetti, *Technopopulism: The New Logic of Democratic Politics*, Oxford University Press, 2021, p. 88 ss.

⁶⁰ M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit., p. 106 ss.

⁶¹ Z. Bauman, *In Search of Politics* (1999) edizione italiana a cura di G. Bettini, pref. di A. Dal Lago, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 17 ss., *passim*.

⁶² Z. Bauman, *Missing Community* (1999) edizione italiana a cura di S. Minucci, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 22 ss., p. 49 ss., p. 72 ss., *passim*.

⁶³ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, p. 4 ss., p. 27 ss., elenca le “lotte ideali” che hanno prodotto le regole democratiche. Tolleranza, non-violenza – ossia, la possibilità di sbarazzarsi dei propri governanti senza spargimenti di sangue – fratellanza e “rinnovamento graduale della società attraverso il libero dibattito delle idee e il cambiamento delle mentalità e del modo di vivere”.

modo di vedere il mondo, di concepire i rapporti autorità-libertà e quelli tra persone; e però, ciò nondimeno, un corollario dello *status quo* e non un ordine a sé stante, autonomo, originario, sorto sulla *tabula rasa* del diritto preesistente o in una zona che si assume posta al riparo dalla sua carica conformativa⁶⁴.

2.3. Critica della “rivoluzione silenziosa”.

Le ricostruzioni in quest’ultimo senso, pur non infrequenti, scontano a ben vedere due vulnerabilità.

La prima è un’imprecisione di metodo alquanto grossolana, poiché non spiegano il trapasso dal vecchio al nuovo: non illustrano, cioè, come si sarebbe prodotta una *rivoluzione silenziosa* dal punto di vista del diritto *rivoluzionato*. Non vi sarebbe stata acquiescenza, perché non sono spariti coloro che rivendicano le ragioni fondate sull’ordine che vuol archiviarsi come precedente; ma nemmeno rottura fragorosa, aperta, così come una rivoluzione ordinaria, *rumorosa*, esigerebbe.

La seconda può rubricarsi come sottovalutazione delle implicazioni teoriche: recidere il filo tra ieri e oggi elimina il riferimento del giuridico per le posizioni in campo, che verrebbero a radicalizzarsi in una contesa tutta politica fra *globalisti* (talora coincidenti con *europaisti*) e *sovranisti* – a cui, secondo le inclinazioni e convenienze dei suoi studiosi, il diritto costituzionale presterebbe la voce. Sottraendo il parametro giuridico al suo ruolo di mediatore tra posizioni contrapposte, si permetterebbe che la forza, travestita da ragione, sancisca come giuridicamente legittimi gli argomenti dei vincitori⁶⁵, lasciando che i vinti anneghino fra le onde della storia.

⁶⁴ L’idea per cui il diritto internazionale e, in specie, il diritto delle Comunità europee, si siano sviluppati in un’area di *a-costituzionalità* – riprendendo la teoria della *Selbstverfassungsdurchbrechung* (auto-rottura della costituzione) su cui C. Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand: Eine staatsrechtliche studie*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 38/1916, pp. 138-161, p. 148 ss. – è alquanto diffusa nella dottrina spagnola, specie nei primi anni dell’adesione: si veda, ad es., Á. Figueruelo Burrieza, *Acotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 51/1986, pp. 191-212, spec. p. 193 ss. Per maggiori approfondimenti, si permetta il rinvio a G. Vosa, *Diritto dell’Unione europea e Tribunal Constitucional spagnolo: in cerca dell’ordine perduto fra validità e applicazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2020, p. 551-592, p. 564 ss.

⁶⁵ Nella bella immagine che A. Vespaziani, *“Force Disguised as Reason”: Law, Jurists, and Constituent Power in Boccaccio’s Decameron*, in *German Law Journal*, n. 19:4/2018, pp. 879-900, ricostruisce attraverso i passi del noto autore fiorentino.

Insomma, le conclusioni cui si perviene per il tramite delle ricostruzioni citate non sono soltanto contrarie all'etica della dignità delle persone eguali – sancita a chiare lettere negli strumenti sopra citati – e, forse, all'etica del costituzionalista, per il quale è lecito dubitare che sia appropriato il ruolo di avvocato d'istanze politiche generali *dichiaratamente* di parte⁶⁶. Sono giuridicamente fallaci, perché sorte da un fenomeno *extra ordinem*, incomprensibile per il diritto *post*-1945. Giulio Itzcovich ha evocato un elegante paragone letterario per stigmatizzare l'inconsistenza metodologica di chi *non poteva* sfuggire a un certo metodo, ma *nemmeno poteva* applicarlo⁶⁷. Di tal ché, la rivoluzione silenziosa equivale alla decadenza fattuale di una costituzione rigida, come per consuetudine contraria; una consuetudine, però – ammesso che una costituzione rigida possa ritenersi desueta – di cui non ricorrono gli elementi costitutivi, perché gran parte dei fruitori di quella costituzione continua a rivendicarne la vigenza. Più correttamente, allora, tale fenomeno potrebbe forse inquadrarsi come *revoca tacita* di una costituzione rigida: un nitido ossimoro, dal momento che le costituzioni del secondo dopoguerra sono deliberatamente sottratte ad una simile revocabilità.

Ipotesi di tal fatta, allora, cancellerebbero la differenza fondamentale tra le costituzioni contemporanee, istitutive della democrazia pluralista, e quelle dello Stato monoclasse, del secolo precedente. Queste ultime si chiamavano *ottriate* proprio perché concesse, quindi revocabili – benché auto-proclamatesi irrevocabili – ove si trattasse di salvaguardare l'esistenza dello Stato⁶⁸ e, con essa, la sopravvivenza della classe dirigente. Quelle del Novecento sono rigide: non revocabili, per definizione, se non da tutti quelli che hanno partecipato al patto istitutivo, ancorché in via mediata dalla rappresentanza generale a suffragio universale e diretto, e secondo le procedure all'uopo previste. Sicché, trattare i due tipi di costituzione allo stesso modo pare esercizio di spericolatezza non banale, che probabilmente costringerebbe a una nuovissima edizione la totalità dei manuali di primo anno in commercio.

⁶⁶ G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione*, cit., p. 3 ss., p. 29 ss., p. 132; cfr. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 178 ss.

⁶⁷ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie dell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 277-278, citando (n. 24) G. Deleuze e F. Guattari, *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, Quodlibet, 1996, p. 31.

⁶⁸ M. Fioravanti, *Principio di rigidità e sovranità della Costituzione: dallo Statuto alla Costituzione repubblicana*, in F. Bambi (a cura di) *Un secolo per la Costituzione (1848-1948)* – Atti del Convegno “Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano” – Firenze, 11 novembre 2011, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 67-83.

Stando così le cose, il diritto che dalla partizione interno-internazionale veleggia verso le dimensioni della globalità non può rompere con l'ordine post-Norimberga – che ha nelle costituzioni statali e negli strumenti del diritto internazionale del secondo dopoguerra i suoi caposaldi – pena la perdita della propria legittimazione giuridico-costituzionale⁶⁹. Se rompesse, andrebbe incontro a un periodo d'incertezza oscura, come d'interludio fra regimi diversi: dall'ottica del vecchio regime il nuovo sarebbe illegittimo e da quella del nuovo numerosi titolari di diritti riconosciuti dal vecchio sarebbero *fuori legge*, disconosciuti d'ogni tutela. Ai vincitori nella tenzone politica, dunque, andrebbe la facoltà di battezzare i propri argomenti col crisma della giuridicità; a prezzo però di uno scontro esterno al diritto stesso, donde il rischio di un uso irregolato della violenza.

3. Rigidità ed apertura: la vocazione sovranazionale delle costituzioni.

Stabilito che, fermo l'ordine post-Norimberga come parametro di legittimità del diritto interno ed internazionale, l'inciso sulle condizioni di parità può agire da fattore costituzionale condizionante, può ora dirsi qualcosa in più sulle sue modalità d'azione, anticipando la tesi che qui si sostiene: tale inciso persegue l'omogeneità tendenziale fra i due rami citati, tutelando la qualità *olistica* del costituzionalismo tardonovecentesco e perpetuandola oltre la fine dello stato-centrismo. Qualità che le Carte costituzionali, fondate su sovranità e rappresentanza, possiedono; e che tuttavia mettono in gioco continuamente in una dimensione sovranazionale, poiché allo stesso tempo rigide all'interno e aperte all'esterno – irriducibilmente tese, quindi, all'universalità, poiché volte al progetto di una pace universale. Non vi sarebbe, allora, tra globalizzazione e democrazia, un'irriducibile antitesi: quest'ultima, attraverso le costituzioni, si sarebbe costruita gli spazi politici e normativi per soddisfare la vocazione universale a cui il suo fondamento etico, la dignità della persona, la trascina.

⁶⁹ Verrebbe così a sgretolarsi ogni “narrazione costituzionale sostenibile” (L. Ronchetti, *Il nomos infranto*, cit., p. 146) rompendosi quella continuità costituzionale su cui insiste, da ultimo, M. Ferrara, *Continuità e politica estera. Appunti preliminari*, ne *Il Filangieri* – Quaderno 2022, pp. 79-94, riferendosi in specie alla continuità ordinamentale che “definisce in senso valoriale e identitario l'ordinamento interno e si collega storicamente e normativamente alla Costituzione” (p. 82).

3.1. Sovranità e rappresentanza: la qualità olistica delle costituzioni.

480

La peculiare struttura delle costituzioni contemporanee, adottate all'indomani della seconda guerra mondiale, si costruisce attorno a due caratteristiche in apparenza non compatibili fra loro. Da un lato, la rigidità costituzionale – si è detto – prende il posto della flessibilità tipica delle costituzioni ottriate: un dato che si esprime attraverso la previsione di procedure aggravate per la loro revisione, ma che non coincide con esse, avendo a fondamento – si è detto – una ragione di carattere sostanziale⁷⁰. Dall'altro lato, l'apertura al diritto internazionale è sancita in modo parimenti generale, secondo i congegni costituzionali cui si è fatto brevemente cenno.

L'apparente inconciliabilità fra queste due caratteristiche si scioglie nell'ottica della tendenziale omogeneità fra diritto interno ed internazionale. Infatti, se il diritto internazionale volesse imporre soluzioni disomogenee al diritto interno, ne verrebbe sacrificata una: la rigidità, in caso di prevalenza del diritto internazionale, oppure l'apertura, là dove fosse il diritto interno a resistere vantaggiosamente.

Risulta allora incontrovertibile un duplice dato. Da un canto, le costituzioni del secondo Novecento recano in sé i germi di un'evoluzione rispetto alla dimensione statale: sono, a ben vedere, mosse da una vocazione sovranazionale insopprimibile, che costruisce, per così dire, dal basso l'afflato universalistico di cui si nutre il diritto internazionale ad esse coevo. D'altro canto, affinché si preservino intatte nel cammino che le trasporta al di là del contesto di riferimento originario, occorre indagarne a fondo i canoni operativi quanto alla produzione di diritto legittimo, affinché possa individuarsene la *ratio* e conservarla anche per gli scenari successivi.

Cimentarsi con un interrogativo di tale portata appare, con tutta evidenza, un'impresa improba. Per fronteggiarlo, si persegue una strategia a due bracci. Il primo: si rileggono, pur con somma brevità, le categorie generali che presiedono al funzionamento di tali costituzioni con riguardo alla produzione di diritto nel contesto statale. Il secondo: dall'esame di tali categorie si trae un elemento unitario che la rottura dello stato-centrismo

⁷⁰ Se così vuol interpretarsi, come appare preferibile, A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, cit., p. 11, secondo cui “le norme che prevedono uno speciale procedimento per la revisione costituzionale non costituiscono il ‘fondamento’ della sua rigidità costituzionale, ma ne rappresentano la ‘conferma’”.

nella produzione di diritto mette a repentaglio, e che purtuttavia deve trapiantarsi con la massima cura nel nuovo contesto.

Chiedendo venia per la rozza semplificazione, può dirsi, a tutta prima, che l'assetto costituzionale della democrazia pluralista – informato al nucleo etico comune al diritto internazionale e capace di perseguire un'omogeneità tendenziale tra le rispettive soluzioni concrete – si fonda, quanto alla produzione di diritto, su due categorie: sovranità popolare e rappresentanza generale.

La sovranità politica, come potere d'imperio, è razionalizzata in diritto, tramutandosi in forma di produzione giuridica⁷¹. Essa appartiene al popolo, che la esercita appunto nelle forme e nei modi stabiliti dalla Carta⁷². Tuttavia, tali forme e modi, a ben vedere, sono permeati dal concetto di rappresentanza, che opera a più riprese, come sul crinale di cerchie concentriche⁷³, permeando di sé la stessa separazione dei poteri⁷⁴.

In prima battuta, fonda la legittimazione dell'organo legislatore generale e astratto: il Parlamento.

In secondo luogo, opera alla base dei rapporti che cerchie variamente selezionate di destinatari del diritto intrattengono con l'autorità pubblica; ora quali *stakeholders*, in via d'interlocuzione con le pubbliche amministrazioni, ora quali interessati e contro-interessati, in via d'intervento dinanzi al giudice. Nel primo caso, la rappresentanza s'identifica con la partecipazione-deliberazione⁷⁵, là dove le pubbliche amministrazioni rafforzano attraverso il coinvolgimento dei destinatari dell'atto la legittimazione che deriva loro dal rispetto del principio di legalità – ossia dalla sottoposizione alla legge generale ed astratta emanante dai rappresentanti del popolo⁷⁶. Nel secondo caso, s'identifica con la necessaria, o possibile, compresenza in giudizio di coloro in capo ai quali ricadrebbero gli effetti della decisione, sovrapponendosi la rappresentanza politica a quella processuale nell'amministrazione della giustizia – che avviene, com'è noto, in nome del popolo, da

⁷¹ G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 1/1996, p. 3-74, p. 14 ss., *passim*.

⁷² V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, Cedam, 1957, pp. 407-463.

⁷³ L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006, pp. 1-40.

⁷⁴ R. Ibrido, *I "fattori costituzionali condizionanti della politica estera tra diritto e geopolitica"*, cit., p. 351 ss.

⁷⁵ Cfr. A. Lucarelli, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Politica del diritto*, n. 1/2003, pp. 129-137.

⁷⁶ Cfr. S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, ESI, 2011, spec. pp. 71 ss. e p. 153 ss.

parte di giudici sottoposti soltanto alla legge⁷⁷. Stemperandosi la differenza, per larghi tratti irriducibile nell'analisi della dottrina, fra momento legislativo e momento giurisprudenziale di produzione del diritto⁷⁸, può porsi l'accento sulla centralità dell'individuo e sulla qualità delle sue interazioni coi pubblici poteri nel quadro di una deliberazione composita, aperta alle esigenze del pluralismo⁷⁹.

Appare, dunque, che alla sommità delle molteplici rappresentanze selettive, quali si rapportano col potere esecutivo e giudiziario, sta una rappresentanza generale, che contemplando i destinatari *uti personae* assicura l'eguaglianza tendenziale fra di essi⁸⁰. Sicché il perdurante legame tra istituzioni e comunità, fungendo da complemento e contrappeso alla differenziazione funzionale tipica delle società complesse⁸¹, si sostanzia in un genuino, ininterrotto sforzo di comunicazione reciproca orientato alla sintesi tra interessi individuali e interesse generale⁸².

Sovranità e rappresentanza, quindi, così come rozzamente ricostruite, stanno alla base di un ordinamento a fini generali rivolto alla persona in sé. Tale ordinamento ha la proprietà di eliminare le differenze di ceto e *status* per riversarle nell'eguale dignità delle persone quali componenti della società di riferimento⁸³. Questo particolare assetto deriva dal processo di conversione degli ordini sociali medievali in organi istituzionali dello Stato, il cui ultimo passaggio si compie con le costituzioni del secondo Novecento. Tali costituzioni, infatti, istituendo il suffragio universale generale a contraltare della giurisdizione costituzionale sui diritti, sono di per sé predisposte all'integrazione dei cittadini nelle strutture dello Stato secondo un percorso dialettico, che riscrive la dicotomia

⁷⁷ Sulla funzione partecipativa, *lato sensu* intesa, dell'azione in giudizio, M. Esposito, *L'azione in giudizio come diritto costituzionale di partecipazione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 907-931; cfr. già M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 223 ss.

⁷⁸ *Ex multis*, C. Zurn, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law & Philosophy*, n. 21:4-5/2002, pp. 467-542.

⁷⁹ Riprendendo un dibattito che già vent'anni fa aveva popolato le riviste specializzate in vista di una più profonda costituzionalizzazione dell'Europa e dei suoi metodi di governo: cfr. D. Chalmers, *The Reconstitution of European Public Spheres*, in *European Law Journal*, n. 9:2/2003, pp. 127-189.

⁸⁰ C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, pp. 16 ss., p. 51 ss., *passim*.

⁸¹ N. Luhmann, *Differentiation of Society*, in *Canadian Journal of Sociology / Cahiers canadiens de sociologie*, n. 2:1/1977, pp. 29-53.

⁸² J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) ed inglese (W. Rehg) *Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT-Press, Boston, 1996, spec. p. 118s.

⁸³ Cfr. E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, 2016, spec. p. 76 ss., p. 205 ss., p. 273 ss.

individualismo-organicismo consentendo in principio, nella dinamica della produzione giuridica, la massima inclusione del pluralismo sociale⁸⁴.

È questa, forse, si concluderebbe, l'eredità del costituzionalismo tardonovecentesco, il suo lascito più significativo: il superamento delle Carte ottriate con la trasformazione dell'alternativa sul primato fra Stato e individuo che aveva dominato gli ultimi decenni in una relazione circolare, piuttosto che di causa-effetto, in cui il potere riposa sui diritti e allo stesso tempo li fonda.

Può dirsi, allora, che sovranità e rappresentanza dotino le Carte della democrazia pluralista di una speciale qualità olistica, in cui tutte le parti – parti sociali e articolazioni giuridico-istituzionali – si collocano su di un piano di parità: dialogando nei termini di una ragione *comunicativa* e non solo strumentale, risultano funzionali alla tenuta della comunità e, allo stesso tempo, capaci di rinvenire in essa la propria libertà reciproca⁸⁵.

Così declinata, tale qualità è tratto saliente, distintivo del costituzionalismo del secondo dopoguerra, e poderoso baluardo dei valori che lo compongono: si assume, infatti, che in essa stia la miglior garanzia di perseguimento duraturo della pace e della giustizia, giacché in virtù di tale caratteristica l'intera costellazione dei pubblici poteri si dispone ad accogliere i conflitti nel gioco delle istituzioni e a risolverli nel segno della dignità eguale delle persone. In tal modo, la democrazia pluralista esorcizza lo spettro del totalitarismo e si volge a costruire una concordia futuribile, capace di resistere alle tendenze disgregatrici che non perturbano il mondo contemporaneo⁸⁶.

Se le costituzioni della democrazia pluralista possiedono, in virtù di sovranità e rappresentanza, una qualità olistica funzionale al perseguimento di un'omogeneità tendenziale rispetto al diritto internazionale, è ragionevole sostenere che, onde si preservi tale qualità, occorre che sovranità e rappresentanza operino allo stesso modo anche dopo la rottura dello stato-centrismo. Viceversa, il diritto dopo lo Stato si applicherebbe non a persone ma a titolari di *status*, mettendo a repentaglio la dignità eguale fra i suoi destinatari, e, con essa, l'intero ordine post-Norimberga – aprendosi allo scontro su piani non più

⁸⁴ Cfr. G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1979, I, p. 259 ss., *passim*.

⁸⁵ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981; cfr. K. Spracklen, *Habermas and Communicative and Instrumental Rationality*, in Id. (a cura di) *The Meaning and Purpose of Leisure. Habermas and Leisure at the End of Modernity*, London, Palgrave MacMillan, 2009, pp. 31-51.

⁸⁶ N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner e M. Loughlin (a cura di) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2014, pp. 291-308.

omogenei⁸⁷, fino all'uso irregolato della violenza.

Esprimendo un quesito chiave del diritto costituzionale dopo lo Stato, la questione può formularsi in termini più generali. Se lo Stato perde il monopolio della produzione giuridica e il diritto si apre alle plurime dimensioni della globalità, che ne è della coppia sovranità-rappresentanza a garanzia di un ordine inevitabilmente composito? Come si accertano legalità e legittimità del diritto in un contesto che, ammettendo la produzione giuridica per vie ulteriori rispetto a quelle dello Stato, ne revoca in dubbio l'autorità sovrana in uno alla rappresentanza che la sostiene? Deve abbandonarsi ogni speranza di veder operativa quella coppia concettuale – con tutti gl'interrogativi che ciò suscita – o esiste un modo per perpetuarne la qualità olistica, garanzia di dignità eguale fra i consociati e, quindi, di una tendenziale omogeneità col diritto internazionale, foriera di pace e giustizia?

Nel formulare ipotesi di risposta a tale quesito, è in prima battuta opportuno ripercorrere con somma sintesi – e limitatamente ai fini che qui rilevano – le opzioni teoriche elaborate dalla dottrina per quel che attiene alla sopravvivenza delle costituzioni e del diritto costituzionale dopo lo Stato, verificando se tale qualità sia stata difesa e perpetuata, ovvero invece trascurata.

3.2. Costituzioni e diritto costituzionale dopo lo Stato: le opzioni della dottrina in merito all'integrazione europea.

Passando in rassegna le elaborazioni della dottrina, la questione, com'è noto, si apre a un amplissimo ventaglio di risposte, per comodità raggruppabili – ai limitati fini di questo lavoro – attorno a due poli. Da un lato, si adducono tesi *lato sensu* istituzionaliste, che si studiano di rinvenire categorie di legalità-legittimità totalmente nuove nella realtà come modificata dall'avvenuta dipartita dallo stato-centrismo. Dall'altro lato vi sono concezioni *lato sensu* positiviste, che muovono dal dato normativo e rinengono spunti dalla sua esegesi per la ricostruzione delle citate categorie nel rinnovato contesto.

Queste tesi vengono a dialogo in modo particolarmente approfondito nel dibattito costituzionalistico sull'Unione europea, il più strutturato dei fenomeni d'integrazione post-

⁸⁷ N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 29 ss. e p. 68 ss.

statale che popolano lo scenario globale e, quindi, quello massimamente incline a supportare costruzioni costituzionalistiche. Senza dilungarsi in questa sede su discorsi ben noti e approfonditi, basti verificare come tali concezioni si atteggiino dinanzi alla questione della prevalenza del diritto dell'Unione su quello interno. Tale questione, infatti, non può essere risolta se non a partire da una valutazione comparata della legittimità – validità, priorità applicativa, o comunque formulata – dei rispettivi atti; dunque, richiede che si sbrogli il nodo della legittimazione dei relativi decisori, o almeno che lo si affronti.⁸⁸

Anticipando in parte le conclusioni, due punti destano particolare attenzione. L'uno rileva dell'asimmetria fra la risposta sul primato e l'adesione all'uno o all'altro dei poli citati: la primazia incondizionata del diritto dell'Unione è stata sostenuta da esponenti di ambo gli schieramenti, così come pure la posizione contraria. L'altro, resistendo all'accusa d'iconoclastia, illustra come nessuna delle ricostruzioni fornite sia in grado di – o, forse, interessata a – formulare una risposta soddisfacente alla questione sulla tutela della qualità olistica del costituzionalismo⁸⁹.

Si passi ora ad esaminare più da vicino, seppur succintamente, gli argomenti che sorreggono tali risposte.

Al filone istituzionalista si ascrivono i fautori del pluralismo costituzionale, i quali seguono direttrici fra loro diverse. Per semplicità espositiva, si distingue una linea più radicale da una più moderata.

La prima dà per tramontata la qualità olistica delle costituzioni e non si pronuncia circa l'esistenza di limiti giuridici al primato del diritto inter-/sovra-nazionale: ne ricostruisce, invece, l'obbligatorietà a partire dai contributi della sociologia, che attestano una realtà de-territorializzata, funzionalizzata e settorializzata rispetto a quella che fece da sfondo al consolidamento degli Stati⁹⁰. Per i sostenitori del *radical pluralism*, affinché non si disperda l'eredità delle costituzioni statali, occorre ragionare in termini di relazioni fra

⁸⁸ R. van der Meersche, *European perspectives on constitutional pluralism: an ontological roadmap*, in *Transnational Legal Theory*, n. 9:1/2018, pp. 1-31, p. 18.

⁸⁹ Per maggiori approfondimenti, anche bibliografici, si consenta il rinvio a G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionalistici del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 81 ss., p. 96 ss., p. 108 ss.

⁹⁰ D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, 1992, spec. p. 54 ss.; cfr. G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, in C. Joerges, I.-J. Sand e G. Teubner (a cura di) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 3-28, e E. Christodoulidis, *On the Politics of Societal Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 20:2/2013, pp. 629-663.

sistemi funzionalmente differenziati⁹¹, non coincidenti con lo Stato ma originati dalla specificità dei discorsi loro propri – l’economia, la politica, il diritto, la tecnica e così via⁹². Ciascuno di quei sistemi possiede una sua logica di funzionamento, un suo *medium*, una sua razionalità interna e modalità proprie di produzione giuridica; il che rende impronosticabile, a priori, il successo della comunicazione intersistemica al di là degli *structural couplings* fra diritto e politica, o fra diritto ed economia, che si affermano nei reciproci rapporti⁹³. Di tal ch , ci si limita a una constatazione *ex post* in tal senso, prendendo atto, caso per caso, dell’emergere di una certa norma⁹⁴ in seno a uno o pi  sistemi.

L’altra linea, pi  vicina alla tradizione statale del costituzionalismo, prende a prestito la teoria di Hart sulla norma di riconoscimento e guarda all’approccio degli *officials* che ne sviluppano i contenuti (il c.d. punto di vista interno) per derivarne la validit  della norma di diritto interno o di quella di diritto internazionale⁹⁵. Per cui, l  dove gli *officials* diano prova di sentirsi vincolati *ex iure* all’ordinamento internazionale, la norma di diritto internazionale sar  valida, detronizzando quella di diritto interno⁹⁶. Di contro, ove gli *officials* non obbediscano al diritto internazionale, o non si comportino in modo tale da far ritenere che tale obbedienza si basi sul diritto, ci  si ripercuoterebbe sulla validit  della norma di diritto internazionale e, di riflesso, su quella di diritto interno⁹⁷.

⁹¹ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-national Law*, Oxford University Press, 2010, spec. p. 38 ss., p. 71 ss.

⁹² N. Luhmann, *The Coding of the Legal System*, in A. Febbrajo e G. Teubner (a cura di) *State, Law, and Economy as Autopoietic systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milano, Giuffr , 1992, pp. 145-185; cfr. G. Teubner, *Evolution of Autopoietic Law*, in Id., *Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York, de Gruyter, 1987, pp. 217-241.

⁹³ N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, p. 382 ss., *passim*; cfr. A. jr. Golia e G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates*, in Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-08 (March 14) pp. 1-41, spec. 16 ss.

⁹⁴ A. von Bogdandy e S. Dellavalle, *The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective*, in *Transnational Legal Theory*, n. 4:1/2013, pp. 59-82.

⁹⁵ N. MacCormick e O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Zürich, Springer, 1986, in part. p. 49 ss.; dello studioso scozzese, il celebre N. Mac Cormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, p. 131 ss., *passim*. Sul problema della norma di riconoscimento, cfr. S. Perry, *Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View*, in *Fordham Law Review*, n. 75:3/2006, pp. 1171-1209, spec. 1179 ss.

⁹⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, spec. p. 52 ss. (sulla differenza tra obbedienza e obbligatoriet ). Cfr. N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, n. 56:1/1993, pp. 1-18, spec. p. 5 ss.

⁹⁷ Commenta D. van den Meerssche, *European perspectives on constitutional pluralism*, cit., p. 6, che nell’ottica di MacCormick “... *since law’s validity follows institutional praxis, any change in the spatial and*

Ne consegue che, dall'ottica (neo-)istituzionalista del diritto costituzionale, l'unico modo per accertare legalità e legittimità del diritto applicabile nello spazio *post*-statale è rifarsi alla forza del fatto⁹⁸. Però, ammettere che il fatto assurga a *diritto* legittimo *tout court*, ovvero senz'altra intermediazione che quella degli *officials*, ripropone il problema di metodo già segnalato: non spiega come avvenga il transito dall'ordine *post*-Norimberga, basato sulla qualità olistica delle costituzioni della democrazia pluralista, all'oggi. Ragiona come se d'un tratto le mutate condizioni contingenti potessero di per sé cambiare – ovvero abbiano *ex se* cambiato – le coordinate della sfera pubblica, stravolgendo i presupposti di validità ed efficacia delle norme; ma non rende conto del percorso attraverso cui avrebbe operato tale cambiamento. Si trova così in imbarazzo dinanzi al fluttuare delle *competing claims* che volta per volta emergono⁹⁹, rispetto alle quali quella *valida*, secondo i casi, sarebbe quella che si afferma o viene imposta nel settore dato, oppure quella capace d'ingenerare nei rispettivi *officials* un punto di vista interno verso l'uno o l'altro ordinamento.

Venendo a concezioni più affini al positivismo, il ventaglio di posizioni non è meno frastagliato. Banalizzando, il panorama può descriversi come segue. Da un lato stanno i sostenitori del costituzionalismo multilivello¹⁰⁰, che vedono i percorsi di formazione della volontà statale come suscettibili di naturale ampliamento al piano sovranazionale ed esaltano, a contraltare, la correlata espansione della tutela dei diritti nel quadro di un *réseau judiciaire européen* al cui vertice sta la Corte di Giustizia¹⁰¹, Dall'altro lato sta chi ritiene

structural feature of this praxis – that is, the transnationalisation of regulatory processes – impacts legal validity”.

⁹⁸ O, meglio, sulle ragioni che indurrebbero gli *officials* a cambiare atteggiamento. Sul punto, O. Chessa, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 10/2010, pp. 55-119, spec. 77-78, ove (n. 37) dichiara, peraltro, di rimeditare una sua posizione precedente (O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, p. 263 ss.) per cui tale eventuale mutato atteggiamento avrebbe radice in un apprezzamento etico; conclude, infatti, che “la nozione di «punto di vista interno» o «atteggiamento critico riflessivo» non ci dice nulla di risolutivo sulle ragioni soggettive che possono indurlo”. Sul punto, cfr. altresì S. Pajno, *Internal point of view, ragioni per agire e interpretazione costituzionale*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 10/2010, pp. 9-54, in part. p. 17 ss.

⁹⁹ M. Poiars Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (a cura di) *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-538, in part. p. 502. Dello stesso A., cfr. *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. Avbelj e J. Komárek (a cura di) *Constitutional Pluralism and Beyond*, Oxford, Hart, 2012, pp. 67-84, p. 79 ss.

¹⁰⁰ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36:4/1999, pp. 703-750.

¹⁰¹ A. Bailleux, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire: Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, spec. p. 558s.

ancora saldamente interno agli Stati il vertice dell'autorità pubblica, facendo leva sull'incapacità di uso legittimo della forza da parte dell'Unione¹⁰² – anche a partire da meccanismi effettivi ed efficaci di *judicial enforcement*¹⁰³.

Tali concezioni, pur radicalmente diverse nell'approccio e nei risultati, ai fini di questo scritto si accampano su sponde opposte dello stesso fiume. Dall'ottica dei primi, l'autorità sovrana statale si sarebbe ricombinata in seno all'Unione senza salti, ancorché condivisa fra Bruxelles e le capitali degli Stati membri; dalla prospettiva di questi ultimi, invece, la sovranità non si sarebbe mai mossa dalle sedi nazionali, restando l'Unione in quanto tale un'organizzazione internazionale giuridicamente sottoposta alla volontà statale.

In entrambi i casi, le vicende di sovranità e rappresentanza si danno per *presunte*. Alcuni ritengono pacifico il loro spostamento lineare a livello europeo, mantenendosi in ogni caso la rigidità loro accreditata al livello statale; da altri è data per scontata la loro permanenza al piano statale, nonostante l'apertura strutturale delle costituzioni nazionali al diritto internazionale.

3.3. Indifferenza di tali opzioni di fronte al problema della qualità olistica del costituzionalismo.

In conclusione, pur all'esame delle varie opzioni teoriche offerte dalla dottrina, non si rinviene alcun parametro – né teorico, né pratico – per verificare che la qualità olistica riconducibile nel contesto statale perduri in uno scenario diverso. Nessuna delle concezioni cui si è brevemente accennato offre un contributo sul punto che sovranità e rappresentanza valgono a difendere: l'omogeneità tendenziale fra diritto internazionale ed interno attorno al nucleo di valori il cui apice è la dignità delle persone eguali. Se si trascura il tema della riproposizione della qualità olistica delle costituzioni in un contesto *post*-statale, non può accertarsi in che modo, e a quali condizioni, possa garantirsi oggi tale perdurante tendenza – che, purtuttavia, è il pilastro dell'ordine inaugurato dopo il secondo conflitto mondiale e,

¹⁰² M. Loughlin, *Constitutional Pluralism: An Oxymoron?*, in *Global Constitutionalism*, n. 3:1/2014, pp. 9-30, p. 18 ss.; dello stesso A., *Sovereignty*, in Id., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 72-98.

¹⁰³ *Ex multis* M. Luciani, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *Enciclopedia Treccani* – online, 2009, in www.treccani.it.

a un tempo, l'argine da questo apprestato al ritorno dell'autoritarismo e allo scoppio di una nuova guerra mondiale.

Se dal diritto dell'Unione si amplia il *focus* d'indagine, l'incapacità di ricondurre qualità olistica al diritto dopo lo Stato risalta ancor più nitida: tentativi di risistemazione sono stati condotti perlopiù attraverso concetti-ponte, come l'*interlegality* di Gianluigi Palombella¹⁰⁴, la *relative authority* di Joana Mendes e Ingo Ventzke¹⁰⁵, o la *relative normativity* di Matthias Goldmann¹⁰⁶. Sicché, la definizione del “sistema dei sistemi”¹⁰⁷ quale “*holism of holisms*”¹⁰⁸ avviene in termini meramente prospettici e sostanzialmente solo ipotetici.

Rebus sic stantibus, allora, l'omogeneità tra diritto interno e diritto internazionale, ove effettivamente riscontrata, potrebbe non dipendere dal diritto, ma dal fatto: ossia, non dall'ordinata capacità delle costituzioni, coordinate in una trama “inter-costituzionale”¹⁰⁹, di preservare una qualità olistica, bensì dalla forza effettiva di uno Stato, e/o di uno o più segmenti sociali transnazionali, d'imporre le proprie soluzioni sulla scena internazionale. In quel caso, si direbbe, i sistemi corrispondenti agli Stati assoggettati *internalizzerebbero* le esigenze del sistema assoggettante e ne replicherebbero, a mo' d'*irritazioni*, le norme volte a tutelarle. Conseguirebbe, allora, l'omogeneità, a uno svuotamento in senso *neo-corporativo* della rappresentanza generale, per cui il diritto delle relazioni internazionali dello Stato capace d'esercitare influenza verrebbe riconosciuto come diritto internazionale *tout court*¹¹⁰. Situazione, questa, tutt'altro che frutto di libertà uguale tra persone e tra Stati; sintomatica, piuttosto, del contrario, perché segno d'egemonia di quello Stato sugli altri – dunque, foriera di conflitti che, non trovando riconoscimento in un diritto *etero-imposto*,

¹⁰⁴ G. Palombella, *Exploring the Rationale of Inter-legality*, in *Rivista di filosofia del diritto*, XI:1, 2022, pp. 9-26; dello stesso A., “*Formants*” of Law and Their Intertwining, in J. Klabbers, G. Palombella (a cura di) *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, 2019, pp. 23-41.

¹⁰⁵ I. Ventzke, J. Mendes, *The idea of relative authority in European and international law*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 16:1/2018, pp. 75-100.

¹⁰⁶ M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, in *German Law Journal*, 9:11 – Special issue: *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2008, pp. 1865-1908.

¹⁰⁷ A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014 (30 maggio), pp. 1-18.

¹⁰⁸ N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, cit., p. 302; cfr. T. Kleinlein, *On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State*, in *European Journal of International Law*, n. 21:4/2010, pp. 1075-1084.

¹⁰⁹ Su cui, ad es., A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, pp. 1-18.

¹¹⁰ F. Lange, *Foreign Relations Law as a Bargaining Tool?*, in H.P. Aust e T. Kleinlein (a cura di) *Encounters between Foreign Relations Law and International Law – Bridges and Boundaries*, Cambridge University Press, 2021, pp. 23-45.

condurrebbero ad un uso irregolato della violenza.

S'intuisce, allora, che le condizioni di parità starebbero esattamente ad impedire una siffatta deriva. Vincolando tutti gli Stati, grandi e piccoli, a rispettare il voto dei popoli attraverso i rispettivi parlamenti statali, varrebbero ad arginare tali pretese egemoniche, minimizzando gli squilibri tra grandi potenze, medie potenze e Stati minori all'interno della comunità internazionale.

Tuttavia, s'è detto, questi squilibri, profondamente radicati nella geopolitica classica, appartengono al naturale scorrere dei fatti storici, e sembra assai difficile che il diritto possa, da solo, azzerarli. Nondimeno, ciò non significa che sia totalmente impotente: può senz'altro fissare dei paletti metodologici formali, che imponendosi come norma di civile convivenza nella società internazionale limitino lo strapotere delle grandi potenze e contribuiscano ad accrescere, fra gli Stati e nel loro seno, una più marcata sensibilità verso tematiche direttamente afferenti alla dignità della persona.

Come ciò abbia la possibilità di verificarsi concretamente, è questione che chiama all'approfondimento del versante internazionalistico e delle sue trasformazioni.

4. Rigidità ed apertura: la vocazione sovranazionale delle costituzioni.

Dall'ottica del diritto internazionale, l'evoluzione dei rapporti di forza tra Stati ha trascinato l'ordine post-Norimberga verso approdi inediti, che ne costituiscono uno sviluppo – per quanto ideologicamente orientato – compatibile, in linea di principio, con i suoi presupposti e con i suoi obiettivi. La rottura dello stato-centrismo ha aperto la via ad una dimensione transnazionale proteiforme, di ben difficile decifrazione. Malgrado le perplessità di taluni studiosi – fra cui l'autorevole voce di Benedetto Conforti¹¹¹ – è invalso il nome di *frammentazione* del diritto internazionale quale etichetta di una serie complessa di fenomeni diversi e interconnessi, cui di seguito si farà cenno.

¹¹¹ B. Conforti, *Unité et fragmentation du droit international* – “*Glissez, mortels, n'appuyez pas!*”, in *Revue générale de droit international public*, n. 111:1/2007, pp. 5-18.

4.1. Frammentazione del diritto internazionale come crisi del rappresentato: le risposte della dottrina.

Settorializzato per segmenti sociali, e funzionalizzato al raggiungimento di scopi corporativi in competizione con interessi generali, il diritto internazionale è andato incontro a uno sminuzzamento in molteplici branche, tanto più frenetico quanto minore la forza di coesione derivante dalla competizione ideologica fra modelli politici, sociali ed economici contrapposti¹¹². La rottura del paradigma stato-centrico ha cagionato la proliferazione di regimi giuridici differenti, in linea con l'esigenza degli operatori di determinati settori di mercato¹¹³. Queste dinamiche hanno condotto alla formazione di gruppi transnazionali orientati al soddisfacimento d'interessi propri, la cui regolazione segue le rispettive logiche interne, figlie della cultura dominante in seno a tali gruppi e orientate alla massimizzazione delle utilità ricavabili¹¹⁴.

Per vie siffatte, le evoluzioni del libero mercato, vieppiù accelerando con l'incedere della globalizzazione, mettono in forte imbarazzo il legislatore. Da un lato, esso non ha potuto, voluto e saputo opporre a queste evoluzioni una pianificazione generale del mercato.¹¹⁵ Dall'altro lato, ove tale pianificazione sia stata effettivamente dispiegata, le sue linee strategiche paiono seguire l'interesse preponderante di uno o più gruppi anche là dove ciò vada a chiaro detrimento di altre formazioni e strati sociali¹¹⁶. La legge si rivela così frutto di mediazione fra gruppi dominanti, quando non immediatamente recessiva dinanzi all'auto-regolazione di questi o semplicemente recettiva degli assetti d'interessi raggiunti da costoro – peraltro addivenuti a sintesi non già nelle aule della rappresentanza politica, ma assai più spesso in seno al Governo¹¹⁷. La nota crisi del Parlamento legislatore e della

¹¹² M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 1-18.

¹¹³ D. Chalmers, *The Reconstitution of European Public Spheres*, in *European Law Journal*, N. 9:272003, pp. 127-189.

¹¹⁴ Su cui, diffusamente, A. jr. Golia, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità*, FrancoAngeli, Milano, 2019, p. 10 ss., *passim*.

¹¹⁵ E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 83 ss., p. 257 ss., p. 273 ss.; cfr. G. Morbidelli, *Autonomia privata e fonti del diritto*. Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019, *Autonomia privata e fonti del diritto*, Fondazione Italiana Notariato, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 27-42.

¹¹⁶ Gio. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. X:3/2017, pp. 1-27.

¹¹⁷ U. Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 91 ss., p. 107 ss.

legge quale atto centrale della gerarchia delle fonti passa attraverso processi di tal fatta, in cui l'emergere di segmenti sociali transnazionali rispondenti a logiche autonome mette a rischio, per non dire inficia, l'operare delle categorie dell'autorità politica rappresentativa già al livello statale e, di riflesso, al livello internazionale¹¹⁸. In tal senso, rinnovando la fortunata immagine di Massimo Luciani, il paradigma della rappresentanza si specchia nella "crisi del rappresentato"¹¹⁹ e scopre d'un colpo i segni del tempo: l'unità della persona oggetto di rappresentanza, a sua volta riflesso dell'unità statale, viene a disperdersi nei molteplici rivoli degli *status* ad essa ricondotti, spesso latori di diseguaglianze crescenti. Dinanzi a tale fenomeno – oggetto, peraltro, di apposito studio da parte della Commissione ONU per il Diritto internazionale, la cui voce autorevole è quella di Martti Koskenniemi¹²⁰ – si segnalano, in specie, due filoni di pensiero che, cogliendo l'evoluzione transnazionale del diritto internazionale, hanno provato a sistematizzarla in vista di una ridefinizione teorica. L'uno, riprendendo studi che hanno interessato lo stesso fenomeno dell'integrazione europea, guarda alla nascita di *costituzioni parziali*; l'altro si sofferma sulla costituzionalizzazione delle organizzazioni internazionali. Il rapporto tra i due è assai intricato, in parte ambiguo: la costituzionalizzazione da un lato segue percorsi analoghi a quelli delle costituzioni parziali, dall'altro si studia di porre un argine politico generale alla differenziazione per *status* che queste avallano e talora perseguono, alla ricerca di un fondamento olistico del costituzionalismo che si adatti alle molteplici cerchie di comunità in cui si articola la società contemporanea.

4.2. *Societal constitutionalism* e costituzioni parziali: linee generalissime di un dibattito.

Il *societal constitutionalism* affronta dall'ottica transnazionale le problematiche conseguenti alla rottura dello stato-centrismo. Muove dall'acquisizione di studi sociologici

¹¹⁸ F. Modugno, *L'invalidità della legge – I – Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 123 ss.

¹¹⁹ M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in F. Biondi, N. Zanon (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica* – Atti del Convegno, Milano, 16-17 marzo 2000, Giuffrè, Milano, 2001, p. 114 ss.

¹²⁰ Si veda il documento delle Nazioni Unite finalizzato da Martti Koskenniemi, «*Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*» – Report of the Study Group of the International Law Commission, 13 aprile 2006.

relativi alla differenziazione dei sistemi sociali come cifra della modernità e li espande alla capacità *autopoietica* del diritto¹²¹, che si riproduce da sé all'interno di ciascun sistema.¹²² Condivide con le ricostruzioni originate nel pensiero costituzionalistico, specie con quelle del *radical pluralism*, un approccio generalmente convincente sotto l'aspetto descrittivo ma largamente supino alla forza del fatto là dove si tratti di ricostruirne il profilo giuridico. L'idea di fondo è che i segmenti sociali di nuova formazione si costituiscono in sistemi e tendono a costruire un proprio assetto giuridico-istituzionale su scala transnazionale, creandosi in via autonoma il loro diritto fino ad articolare una distinzione tra sfera decisionale, organizzata, e sfera spontanea, che ne influenza l'agire assicurando il ricambio in seno alla prima. In tal modo, portatori di interessi particolari darebbero vita a una *Teilverfassung*, una costituzione *parziale* – altresì detta *civil constitution*, giacché riferibile ai privati e non più allo Stato – a mo' di *frammento* di quel che fu la costituzione¹²³.

Mette conto di segnalare la duplice accezione di *parziale* legata ad una costituzione siffatta: essa regola per definizione solo una parte della società e ne perora gl'interessi con lo scopo dichiarato d'influenzare quelli generali fino a identificare quelli con questi. Da un lato, infatti, pur regolando un segmento sociale, pretende di farlo in modo originario, ponendosi in rapporto di *eterarchia* rispetto alla costituzione statale e riducendola a fonte *inter pares*¹²⁴. D'altro lato, si muove secondo gli interessi di un certo gruppo, e tende a dominare su altri interessi secondo il peso contrattuale contingente dei rispettivi titolari.

Dalla prospettiva in cui si colloca il presente lavoro, tre sono i punti critici di queste ricostruzioni.

Primo, l'aspetto metodologico. Rovesciando il diritto nella sociologia, si annacqua l'autonomia del diritto dalle altre scienze sociali; e ciò, per paradosso, proprio là dove si pretende di differenziare quello da queste come *medium* tipico di un sistema a sé¹²⁵. Anche trascurando il monito di Norberto Bobbio, a giudizio del quale l'analitica differenziazione

¹²¹ G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford/Cambridge, Blackwell Publishers, 1993, spec. p. 25 ss., p. 64 ss., p. 100 ss.

¹²² N. Luhmann, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft* (2009) ed. it. a cura di G. Corsi, *Introduzione alla teoria della società*, Pensa Multimedia, Lecce, 2014, p. 77 ss., p. 237 ss.

¹²³ G. Teubner, *Sectorial Constitutions in the Nation State*, in Id., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012, pp. 15-41.

¹²⁴ D. Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J.L. Dunoff e J.P. Trachtman (a cura di) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355.

¹²⁵ A. jr. Golia, G. Teubner, *Societal Constitutionalism*, cit., pp. 6-7.

tra concetti costituisce di per sé una conquista per la scienza¹²⁶, deve riconoscersi la non-neutralità di quest'operazione: poiché trapianta strumenti da una disciplina all'altra senza dar conto del trapasso, incurante dell'alterità dei contesti e dei significati attribuiti ai relativi concetti. Un'operazione, questa, che se ha forse senso dal punto di vista della sociologia, da quello del diritto costituzionale è quanto meno inopportuna a fini analitici, se non pericolosamente strumentale ad obiettivi di parte.

Occorre, quindi, rifarsi al diritto nella sua continuità, a partire dal post-Norimberga, per ritrovare il filo del giuridico e discernere concettualmente dagli elementi propri di altre scienze sociali.

Secondo, l'aspetto storico. Il *societal constitutionalism* palesa l'incapacità di ricollegarsi all'ordine sorto dopo Norimberga su cui però apertamente s'innesta. Riconosce il paradosso di un diritto privo di "motore immobile"¹²⁷, di *punto di partenza*; eppure il punto di partenza del diritto internazionale e di quello statale c'è, è noto, ed è costituito da testi scritti cui si poggia l'equilibrio sociale, politico ed economico dell'ordine citato. Quei testi, pacificamente, sono ancora vigenti¹²⁸: pur nei mutamenti che il fluire della storia determina, restano ormezzi ben saldi, proprio perché matrici di quei diritti e libertà che hanno fondato in principio, e reso effettivo nella pratica, il dis-ordinato scenario globale¹²⁹. Ignorarli, dunque, o gridare alla loro decadenza, non significa certo averne dimostrato la recessività né provato la mutazione giuridica: significa solo segare le radici su cui poggia l'ordine del quale, purtuttavia, si afferma la *dominanza*¹³⁰. Parlare di *tabula rasa*, allora, vale a dichiararsi partigiani di una tesi a spiccata caratterizzazione ideologica, volta a

¹²⁶ N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, n. 2/1954, pp. 356-377, anche in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 13-74.

¹²⁷ Così, riallacciandosi a S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 1918, p. 27 ss., A. jr. Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche – Aggiornamento*, 2017, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 217-260, spec. 228.

¹²⁸ F. Bilancia, *Lo stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in S. Labriola (a cura di) *Ripensare lo Stato*. Atti del Convegno di studi, Napoli, 22-23 marzo 2002, Milano, Giuffrè, pp. 603-632, sottolinea che la forma di Stato democratico-pluralista fondato sulla rappresentanza costituisce la "specifica forma del giuridico, se vogliamo figlia di un'ideologia ma in sé dotata della forza materiale unica idonea a fornire alla giuridicità il denotato materiale fonte di stabilità e consenso [...] e [...] il carattere necessariamente sostanziale proprio delle norme giuridiche in quanto tali".

¹²⁹ N. Walker, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 6:3-4/2008, pp. 373-396.

¹³⁰ Sulla necessità di concepire ogni ordine giuridico in relazione ai limiti di legittimazione sui quali viene ad adagiarsi, e che limitandolo gli conferiscono – dentro il limite tracciato – giuridica cogenza, le pagine di M. Luciani, *Alla ricerca del limite*, in Id., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 71 ss.

svalutare, in uno alla precettività dell'ordine post-Norimberga, l'appiglio che regge gli eguali diritti e libertà dei titolari d'interessi contrapposti – fondamento peraltro, per ultimo paradosso, dell'approccio *societal* medesimo. Tale approccio deve, quindi, riparametrarsi sulla tutela della dignità, permettendo agli *sconfitti* di restare *dentro* l'ordinamento senza sottostare all'alternativa *tragica* fra romperlo o soccombere.

Terzo, l'aspetto teorico. L'innesto fra *societal constitutionalism* e ordito concettuale della dignità pare disperdere la carica egualitaria che tale concetto veicola. Ciò non sorprende, giacché a un'analisi più accurata – in cui si è cimentata la dottrina recente, anche italiana¹³¹ – i riferimenti teorici della costruzione *de qua* si rivelano nient'affatto nuovi, ma ben in linea con categorie di pensiero assai di moda nei primi decenni del secolo scorso, fino alle soglie della seconda guerra mondiale¹³².

Più da vicino. L'elogio dello *spontaneismo* dei sistemi sociali nella produzione giuridica declina in termini di gruppo – e di corporazione – il vitalismo irrazionalistico e iper-individualista dell'*uomo forte*, tratto comune a varie correnti di pensiero che con vigore illuminarono il crepuscolo di Weimar¹³³. L'identificazione fra Stato autoritario e Stato che soffoca quella vitalistica autonomia, in specie opprimendo l'iniziativa economica privata, fa il verso allo *Starker Staat* e ammicca all'ideologia liberista più spinta; proprio come si usò da parte di certuni in quello stesso torno di tempo, ove lo Stato era elogiato come forte nel resistere a tentazioni dirigiste indotte dai ceti proletari e dalle loro pretese egualitarie.¹³⁴ L'enfasi immaginifica, ai limiti dell'antropomorfismo, sollevata attorno a concetti astratti (il diritto "vive"¹³⁵) si accomuna all'idolatria del mercato¹³⁶ nello sforzo di dissimulare

¹³¹ A. jr. Golia, *Costituzionalismo sociale*, cit., pp. 231 ss., 238 ss.

¹³² Riprendendo, peraltro, una linea di tendenza già ultradecennale, che a suo tempo – prima che le crisi degli Anni Dieci iniziassero a mordere – la dottrina più accorta non tardò ad evidenziare: "[...] il fascino dei modelli autoritari del '900 è oggi evidente, benché non dichiarato; a parole anzi [...] se ne prendono le distanze nel momento stesso in cui si propongono soluzioni che li richiamano presentandole come "nuove", attuali, necessarie a svecchiare il modello disegnato dalla Costituzione repubblicana. Nuove non sono, ma soltanto presentate diversamente, in modo più consono agli umori dei tempi: nulla ritorna identico, ma la storia spesso si ripete". Così L. Carlassare, *Diritti e garanzie nel riaffiorare dei sistemi autoritari*, in *Costituzionalismo.it*, 29 marzo 2010, pp. 1-14, p. 1.

¹³³ W. Bonefeld, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, in *New Political Economy*, n. 17:5/2012, pp. 633-656.

¹³⁴ C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (1932) *Strong State in Sound Economy*, in R. Cristi (a cura di) *Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy*, Cardiff – University of Wales Press, 1998, pp. 213-232; cfr. E. Forsthoff, *Der Totale Staat*, Hamburg, Hanseatische-Verlag, 1933, p. 29 ss.

¹³⁵ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) English ed. (Walter L. Moll) *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1936, p. XXVII ss., *passim*.

¹³⁶ H. Assmann e F.J. Hinkelammert, *Idolatria del mercato. Saggio su economia e teologia*, pref. Bonaventura de Sousa Santos, edizione italiana a cura di A. Sorsaja, Roma, Castelvechi, 2020, p. 5 ss., *passim*.

gl'interessi che tali concetti muovono; contribuisce, quindi, ad alterare gli equilibri sociali, politici ed economici in seno alla comunità senza che a tale alterazione sia data la visibilità necessaria a rendersi *accountable* verso chi ne subisce gli effetti. Infine: l'asserita tendenza espansiva del *medium* che governa ciascun sistema ne svela l'indole prevaricatrice e dunque inegualitaria, rispetto alla quale i rimedi immaginati si muovono sul piano della mera garanzia giudiziale dei diritti (come nella tutela orizzontale dei diritti fondamentali)¹³⁷ oppure, ove riferiti alla produzione in via generale e astratta di norme giuridiche, rimangono confinati ad esperienze puntuali di carattere deliberativo¹³⁸. Tali esperienze, peraltro, se traslate su più vasta scala, potrebbero risultare poco inclini, di per sé, ad una prospettiva olistica; in difficoltà, quindi, a porsi come faatrici di eguaglianza tra gli appartenenti a quel gruppo, nonché tra questi e gli *altri* – leggasi: la generalità delle persone eguali.

4.3. *Societal constitutionalism* e “paura del politico”.

Tutto ciò malgrado, la forza iconografica e la penetrante capacità di esame del reale delle teorie delle costituzioni parziali lasciano comprendere come si sia presa, da parte della comunità internazionale, una data direzione, che rileggendo *pro domo sua* (di coloro che pensano di trarne vantaggi) le norme dell'ordine post-Norimberga ne spinge l'evoluzione verso approdi segnati da una robusta carica conservatrice. Sicché, nel dibattito sulla natura *rivoluzionaria* o *controrivoluzionaria* del costituzionalismo del secondo dopoguerra – che Mike Wilkinson ha ravvivato¹³⁹ a chiosa di un recente lavoro di Bruce Ackerman¹⁴⁰ – occorre prendere una posizione storicamente avveduta: se nei testi scritti quell'ondata di

¹³⁷ Un tema ben solcato dalla dottrina tedesca e spagnola: si veda, per la seconda, J.M. Bilbao Ubbillos, *La eficacia de los derechos fundamenteales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 1997, con ulteriore bibliografia; più di recente, per la prima, M. Borowski, *Drittwirkung*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2018, Oxford-online.

¹³⁸ Lo denuncia lo stesso G. Teubner, *Constitutional Fragments*, cit., p. 31 ss., p. 127 ss.; per l'esigenza di contrastare il *medium* economico, attualmente dominante, adde Aldo Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018, spec. p. 59 ss., p. 92s.

¹³⁹ M.A. Wilkinson, *Constitutionalism in Postwar Europe: Revolutionary or Counter-Revolutionary?*, in *LSE Legal Studies – Working Paper No. 15/2022*, pp. 1-24, p. 9 ss.

¹⁴⁰ B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Harvard University Press, 2019, Part I.

testi scritti costituzionali ed internazionali fu rivoluzionaria, valorizzando la dignità della persona come scopo in sé e ponendola alla base degli assetti di governo e della tutela dei diritti, la traiettoria evolutiva dell'ordine su di essi poggiato esplicita una torsione in senso contrario. Tal evoluzione ha preso una piega molto marcata, privilegiando i pochi a scapito dei molti e spegnendo i conflitti di classe; sicché l'intero processo appaia volto a restaurare assetti di governo dell'epoca liberale – marcata, com'è noto, dal suffragio censitario e dai diritti ottriati – facilitando la ricostituzione sul piano sovranazionale delle differenze di *status* tipiche di quei regimi. Differenze, si badi, che l'ordine post-Norimberga considerava latrici di conflitti bellici e, pertanto, si sforzava di superare.

Si aggirerebbe allora, con una tal virata, il tema del *politico*, posto in termini olistici, egualitari ed inclusivi, dalle costituzioni statali e dagli strumenti internazionali che su di esse fanno perno¹⁴¹; pagando il prezzo, tuttavia, d'esporsi al pericolo di una nuova stagione di guerre, resa ancora più devastante dal progresso tecnologico intervenuto nel frattempo. Non vuol dirsi che tale processo sia *tout court* incompatibile con gli assetti disegnati dalle costituzioni del secondo dopoguerra. Tuttavia, non può negarsi che ne costituisca uno sviluppo orientato, forte di presupposti ideologici precisi che si dirigono verso esiti forse lontani dalle aspettative in essi riposte, non immuni da derive insidiose, fino al pericolo di un conflitto non più gestibile.

Il recupero del *politico*, allora, indicherebbe la strada maestra per scongiurare tale pericolo: porre rimedio alla disgregazione della rappresentanza che sorregge le decisioni vuol dire riconsiderare a parametro di queste la persona come scopo in sé, alla quale si riconosce dignità eguale a quella dei suoi consimili.

5. Rigidità ed apertura: la vocazione sovranazionale delle costituzioni.

Nel quadro della frammentazione del diritto internazionale, la costituzionalizzazione delle organizzazioni internazionali ha svolto un ruolo ancipite: prima di acceleratore, verso una globalizzazione considerata *irenicamente* inevitabile e priva di sconfitti, e poi di riflessione

¹⁴¹ J. Přibán, *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions*, in *Journal of Law and Society*, n. 39:3/2012, pp. 441-471.

critica, accompagnata da un certo temperamento – dimensione, quest’ultima, nella quale ci si trova oggi a navigare. La natura strumentale di questo percorso rispetto all’esposizione qui curata rende opportuna una sua mappatura.

5.1. Un processo ad ondate.

Tale filone, all’indomani della seconda guerra mondiale, conosce uno slancio disorganico ma poderoso. Con la nascita di costituzioni parziali condivide la distanza da quella che Anne Peters¹⁴² chiama “*the Trinity of the constitutionalism with capital C: democracy, rule of law, human rights*”; indugia, nondimeno, in una narrazione d’eco costituzionalistica in senso pieno, che esalta la valenza di *law-making agreement* del trattato istitutivo di un’organizzazione internazionale e la riconduce alla speciale volontà degli Stati membri di perseguire i fini dell’organizzazione. Seguendo tale ragionamento, si afferma che la volontà di tali Stati si orienta invariabilmente alla realizzazione di questi fini, interpretandosi il diritto fondato sul relativo trattato mediante criteri teleologico-sistematici volti all’espansione pressoché indefinita dell’ambito di applicazione dello stesso¹⁴³.

Come la parabola della *Planungsverfassung* ha dimostrato per l’integrazione europea, è quest’*escamotage* che consente di ampliare le strettoie dell’interpretazione positivista-volontaristica del diritto internazionale fra le due guerre, dando fiato alla pretesa di applicazione prioritaria del diritto degli organi dell’organizzazione sul diritto interno.¹⁴⁴ La natura costituzionale del trattato¹⁴⁵ si concretizza in un’attività normativa sovrapposta a quella degli Stati, affiancati nella produzione giuridica fino all’esautoramento senza che il diritto prodotto perda in legittimità¹⁴⁶.

¹⁴² A. Peters, *Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West*, in *Chinese Journal of International Law*, n. 20/2021, pp. 649-698, p. 653 ss.

¹⁴³ Un fenomeno studiato, quanto al diritto dell’Unione, da M.E. Bartoloni, *Ambito d’applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali*, ESI, Napoli, 2018, in part. p. 59 ss.

¹⁴⁴ C.F. Ophüls, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, in J.H. Kaiser (ed.) *Planung I*, Baden-Baden, Nomos, 1965, pp. 229-245.

¹⁴⁵ R. Monaco, *Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales*, in R. Ago, G. Fitzmaurice, A. Gros, P. Guggenheim e C. de Visscher (a cura di) *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 153-172.

¹⁴⁶ Una sorta di “costituzionalismo 1.0”, nella definizione di A. Peters, *International Organisations and International Law*, in J. Katz Cogan, I. Hurd, I. Johnstone (a cura di) *The Oxford Handbook of International Organisations*, Oxford University Press, 2016, pp. 33-59, spec. pp. 34-37.

Da tale scenario si giunge, con la fine della contrapposizione ideologica fra i blocchi e la vittoria del modello economico basato sul libero mercato, ad una seconda fase, in cui il costituzionalismo “*with capital C*” entra nel *core business* delle organizzazioni internazionali. Si afferma come plausibile, e anzi auspicabile, la tutela in giudizio dei diritti fondamentali già protetti dalle costituzioni statali là dove essi rientrano – in virtù di un collegamento empirico, funzionale o anche solo fattuale, con il diritto prodotto da tale organizzazione – nella giurisdizione di una Corte sovranazionale dotata della qualifica d’istituzione dell’organizzazione¹⁴⁷ e capace di vincolare, sia pure secondo gradi di pregnanza diversi, le autorità politiche, amministrative e giurisdizionali degli Stati-parte¹⁴⁸. Tuttavia, malgrado le *interlocking constitutions* – nella bella immagine di Luis Gordillo¹⁴⁹ – non manchino d’irrigare il terreno etico comune, si tratta pur sempre di un costituzionalismo ricondotto principalmente al diritto giurisprudenziale, sordo alle vicende della ricostruzione in via generale-astratta delle controversie e piuttosto teso ad accumulare soluzioni caso per caso, fidandosi del lavoro dei giudici e dei *tecnici*¹⁵⁰.

5.2. Costituzionalizzazione come recupero del politico.

Dallo scorso decennio, invece, col riemergere del conflitto politico negl’indecifrabili termini dell’*identità*¹⁵¹ e con lo scoppio di molteplici crisi sul palcoscenico globale, si è preso atto dell’esigenza di approfondire la democrazia interna delle organizzazioni internazionali per ottenere un *surplus* di legittimazione politica delle loro attività.

¹⁴⁷ Per tutti, A. Arena, *Le “situazioni puramente interne” nel diritto dell’Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, spec. p. 99 ss., p. 207 ss., p. 251 ss.

¹⁴⁸ Sul punto, una sintesi efficace in D. Sarmiento Ramírez-Escudero, *Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, n. 50:4/2013, pp. 1267-1304; cfr. C. Calliess, *Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law*, in *German Law Journal*, n. 10:10/2019, pp. 1367-1382.

¹⁴⁹ L.I. Gordillo Pérez, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of International, European and UN Law*, Oxford, Hart, 2012, p. 20 ss., *passim*.

¹⁵⁰ Sull’inconsistenza di tale nozione di “tecnica”, che non può occultarne lo spessore politico, A.J. Menéndez, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law & Society*, n. 44:1/2017, pp. 56-78, p. 66 ss.

¹⁵¹ M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, London, 2009, p. 11 ss.; cfr. F. Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, Farrar, Strauss & Giroux, 2018, Cap. I, che evidenzia la torsione introversa della dignità della persona, ripiegata in una dimensione individuale non dialogabile a causa dell’improvviso mutamento delle politiche mondiali nell’ultimo scorcio del Novecento.

L'incentivo al dissenso e la strutturazione interna del pluralismo fonderebbero, in tale contesto, un più solido presupposto per la legittimità dei rispettivi atti giuridici, specie là dove essi pretendano applicazione prioritaria sul diritto interno.

Tale riflessione, inizialmente confinata al formante dottrinale, ha ricevuto non pochi riconoscimenti anche formali nella prassi delle organizzazioni internazionali. Nella *Rule of Law Declaration* del 2012 dell'Assemblea Generale dell'ONU, ad esempio, sembra maturare una consapevolezza costituzionalistica più compiuta. La tutela dei diritti umani richiama la democrazia e lo Stato di diritto: tali principi si rinforzano a vicenda e sembrano, nelle loro interconnessioni, voler ricomporre quel nucleo etico comune alle costituzioni e agli strumenti internazionali del secondo dopoguerra di cui è perno la dignità della persona. Si ribadisce così, in seno alle organizzazioni internazionali, il nesso fra tutela dei diritti fondamentali nel caso concreto e auto-determinazione libera dei destinatari del diritto in senso generale e astratto; a dispetto, s'intende, degli ovvi ostacoli empirici che costellano il percorso verso un tale assetto, quali l'inesistenza di un *demos globale* e l'ineguale distribuzione di ricchezza che i modelli del capitalismo globalizzato causano, o comunque non contribuiscono punto a ridurre.

Attorno a una tale consapevolezza gira la terza ondata della costituzionalizzazione delle organizzazioni internazionali. Come possa evolvere, prova a spiegarlo ancora Anne Peters: *Assuming that (only) those potentially substantively affected by a political measure need to be involved in deciding on such a measure, not all activities of all international organisations need to be fully democratised. The proper degree of democratisation depends on how intensely the activity of a given organisation affects people on the ground. This in turn hinges on the substance, the reach, and on legal and factual impacts of the concrete governance measure in question*¹⁵².

Quest'affermazione merita un commento, poiché potrebbe interpretarsi nel senso di alludere a una partecipazione-deliberazione a complemento dell'intervento giudiziale, priva cioè di una dimensione più generale. Se così fosse, tuttavia, non si andrebbe lontani dal riprodurre l'approccio *societal*, limitandosi a delineare una "governance globale"¹⁵³

¹⁵² A. Peters, *Constitutional Theories of International Organisations*, cit., p. 670.

¹⁵³ *Ex multis*, C. Joerges e M. Weimar, *A Crisis of Executive Managerialism in the EU: No Alternative?*, in G. de Búrca, C. Kilpatrick, J. Scott (a cura di) *Critical Legal Perspectives on Global Governance*, Liber Amicorum David M. Trubek, Oxford, Hart, 2014, pp. 295-321; cfr. W. Streeck, *The Rise of the European Consolidation State*, MPIfG Discussion Paper, n. 1/2015, pp. 1-26, p. 14 ss.

non troppo dissimile, nei fondamenti, al diritto amministrativo¹⁵⁴. Tale approccio resterebbe però privo di qualità olistica, giacché deprivato della legittimazione generale che il limite della legge generale ed astratta, frutto della volontà dei consociati in quanto persone eguali, offriva al principio di legalità in epoca stato-centrica.

Malgrado il tramonto di quell'epoca, rinunciare a una siffatta forza di legittimazione, oltre che disarmonico rispetto all'eredità del costituzionalismo tardonovecentesco, pare inopportuno ai limiti della disfunzionalità. Senza un organo politico a carattere generale, non vi è nessun punto, in corso di *law-making*, capace di offrire al decisore un angolo visuale omnicomprensivo, onde possano compiersi le scelte corrispettive in virtù di una più ampia ponderazione d'interessi. Di contro, restringere ai soli destinatari di una norma la facoltà d'intervenire nel suo processo formativo ha un duplice inconveniente: non tiene conto degli'interessi in ipotesi contrapposti di altri soggetti non immediatamente o direttamente coinvolti, e non fa i conti con la finitudine delle risorse in un mondo interconnesso e sovrappopolato¹⁵⁵. Tali inconvenienti, resistenti alla dimensione della tutela dei diritti – frammentaria e a somma zero per definizione¹⁵⁶ – sarebbero invece meglio gestiti da una decisione generale-astratta legittimata dalla partecipazione, debitamente strutturata, di rappresentanti delle persone anche solo astrattamente implicate; pianificata, in altri termini, da un'intelligenza collettiva in tal modo concepita¹⁵⁷.

Di tal fatta, allora, i vantaggi di un ritorno del *politico* volto alla riscoperta della qualità olistica del costituzionalismo. Resta aperto il dubbio attorno a come conseguirli. A fronte dell'insostenibilità di uno *Stato mondiale* e dell'assenza di un parlamento multinazionale effettivamente funzionante, non pare possibile dubitare che una tale dimensione necessiti del coordinamento dei parlamenti degli Stati, eventualmente inclusivo di quelli a carattere regionale, sul merito delle singole vicende. D'altronde, pretendere di riavvolgere il nastro della storia e ritornare a un integrale stato-centrismo appare vano, né utile né verosimile; e neppure, forse, in termini giuridici, fino in fondo legittimo. Della forza del fatto, il diritto non può ignorare i nessi con assetti d'interessi voluti e perseguiti in concreto da persone, la cui attività sarebbe penalizzata, forse, illegittimamente, se la si ponesse oggi nel nulla

¹⁵⁴ B. Kingsbury, N. Krisch, R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemporary Problems*, *The Emergence of Global Administrative Law*, n. 68:3/4-2005, pp. 15-61.

¹⁵⁵ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, p. 17 ss., *passim*.

¹⁵⁶ R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 33 ss., *passim*.

¹⁵⁷ M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 31 ss., 57 ss.

come se fosse *ab origine* contraria all'ordine costituito. Peraltro, visto a rovescio, un tale approccio implicitamente assumerebbe che il costituzionalismo o è statale o non è olistico; e ciò costituirebbe una profezia che si auto-avvera, portando acqua al mulino della tesi che certifica l'incompatibilità dell'ordine post-Norimberga con gli scenari odierni – in perfetta linea con l'idea della *rivoluzione silenziosa*.

Per cui, preso atto della differenziazione funzionale della società contemporanea, serve che la decisione relativa a ciascun segmento differenziato passi, oltre che per le cerchie dei diretti destinatari, *anche* per decisori politici rappresentativi, che ricollochino nella prospettiva di una comunità di persone eguali il perseguimento, legittimo in quanto non slegato da valutazioni a più ampio respiro collettivo, d'interessi settoriali o individuali.¹⁵⁸

5.3. Costituzionalizzazione e condizioni di parità.

Di qui il ruolo che la clausola sulle condizioni di parità, per parte dello Stato italiano, gioca nei rapporti fra ordinamenti. Attraverso di essa, il diritto internazionale ormai aperto alla globalità si modella sulla volontà politica delle persone eguali, espressa per mezzo dei rispettivi rappresentanti.

In altri termini, l'omogeneità col diritto interno passerebbe per un *placet*, il più possibile libero ed approfondito, dei Parlamenti degli Stati volta per volta coinvolti. Spetta ad essi, infatti, quell'assunzione di responsabilità politica, se del caso seguita da atti normativi *ad hoc*, che sorregge la legittimazione di entrambi i rami dell'ordine *post*-Norimberga. In tal senso, le diseguaglianze fattuali vengono stemperate, o almeno rese giuridicamente riconoscibili mercé una valutazione legata alla natura *lato sensu* autorizzativa dell'articolo 11 della Costituzione.

La valutazione dei Parlamenti è infungibile, perché la sua natura supremamente politica permette di accertare volta per volta i confini di ciò che è *accettabile* nell'equilibrio tra le nazioni, funzionalizzandolo agli obiettivi comuni di pace e giustizia tra i popoli.

¹⁵⁸ Sulla necessaria integrazione fra tali dimensioni del rapporto potere-individuo, M. Luciani, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, Relazione al Convegno *Esposito, Crisafulli, Paladin – Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, 19-21 giugno 2003, in *Rivista AIC – vecchio sito*, 2003; cfr. E. Grosso, *Cittadinanza e vita democratica in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di) *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2009, pp. 207-230; insiste sulla virtualità fra le due il volume di M. della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., *passim*.

Interessante, a questo proposito, rileggere una sentenza di quarant'anni fa della Corte costituzionale italiana, forse quella in cui meglio si è evidenziato il senso delle “condizioni di parità”¹⁵⁹.

Si trattava di una questione in cui si sollevava il tema dell'estensione analogica, per il tramite di una decisione dell'allora CEE, delle garanzie parlamentari di cui all'articolo 68 Cost. ai membri del Parlamento europeo. Tenendo conto che la Francia, per bocca del Presidente, aveva devoluto al *Conseil constitutionnel* un parere intorno alla legittimità di una siffatta estensione, il giudice rimettente paventava una disparità di trattamento fra i due ordinamenti là dove uno dei due non avesse acconsentito a tale applicazione.

I giudici della Consulta fanno dapprima notare che la sollevazione della questione da parte del Presidente, secondo le proprie norme costituzionali, è del tutto conforme a *parità* dalla prospettiva del diritto italiano, poiché anche quest'ultimo avrebbe agito a guardia dei principi fondamentali suoi propri; soggiungono poi che “... [c]iò comporta che l'assoluta eguaglianza non potrebbe comunque essere ritenuta un requisito essenziale ed indispensabile della nozione di ‘reciprocità’ nell'ambito dell'art. 11 della Costituzione. Ciò che semmai deve esigersi è che, ove sussistano disparità di trattamento, esse trovino giustificazione nella necessità di promuovere ed attuare la pace e la giustizia”.¹⁶⁰

Con un siffatto argomentare sta in perfetta coerenza il ragionamento fin qui condotto. Dinanzi alla forza del fatto, che spinge le società odierne, inestricabilmente interconnesse, verso la differenziazione funzionale, sorge la necessità di ricondurre a forme di legittimazione basate sulla dignità di persone eguali le decisioni fondate su *status* funzionalmente differenziati: ché tali *status*, potenziali latori di diseguaglianze, avrebbero l'effetto di pregiudicare la qualità olistica del costituzionalismo, travisando l'ordine post-Norimberga e, infine, aprendo al ritorno della violenza. L'intervento dei rappresentanti generali de(i popoli de)gli Stati avrebbe il senso di restituire al diritto quella qualità olistica che nello stato-centrismo gli era propria in virtù del congiunto operare di sovranità e rappresentanza, eredità del costituzionalismo tardonovecentesco.

La clausola sulle condizioni di parità, allora, vale a restaurare la qualità olistica del diritto quale s'articola nel quadro post-statale, in vista dell'omogeneità tendenziale fra le soluzioni offerte dall'ordinamento interno e quelle provenienti dalle dimensioni della globalità.

¹⁵⁹ Corte cost., sentenza n. 300/1984.

¹⁶⁰ *Ibid.*, Cons. dir. 2.

6. Riflessioni conclusive: una proposta *de jure condendo*.

Si è cercato di dimostrare che l'articolo 11, in specie la clausola sulle condizioni di parità, ha potenzialità per operare da fattore costituzionale condizionante nelle relazioni tra Stati, perseguendo l'omogeneità tendenziale fra diritto interno e diritto internazionale in vista di pace e giustizia fra le Nazioni. Tale fattore condizionante ha pieno diritto di cittadinanza nel diritto costituzionale dopo lo Stato, giacché le Carte del secondo Novecento fanno parte di un ordine che conserva intatta la sua giuridica vigenza, e che, a meno di un'esplicita soppressione, ogni sviluppo del diritto ad esse susseguente deve rispettare. L'operatività di questo fattore è conseguenza diretta della strutturale duplicità delle costituzioni contemporanee – rigide sul piano interno, aperte verso quello esterno – e risponde a una domanda più generale, che riguarda le sorti del costituzionalismo negli scenari della globalità. Sottraendo agli Stati il monopolio sulla produzione di diritto, tali dimensioni hanno avviato lo sgretolamento delle categorie a fondamento della produzione giuridica in diritto costituzionale interno – sovranità e rappresentanza – grazie alle quali le costituzioni venivano a possedere una qualità olistica, rivolgendosi alla persona in quanto tale e tenendo assieme, in un'ottica unitaria, le plurime aree in cui si esplicavano le attività di questa. Sicché, ripercorsa l'evoluzione del dibattito dal versante del diritto costituzionale e da quello del diritto internazionale, è emerso come sia necessario, per preservare l'omogeneità fra diritto interno ed internazionale nel segno della dignità della persona in vista di pace e giustizia, salvaguardare la qualità olistica del costituzionalismo, eredità del pensiero tardonovecentesco inaugurato con le Carte del secondo dopoguerra. In tal senso, una delle opzioni più discusse è – non da oggi – affiancare al reticolato deliberativo, per definizione parziale, che regge le decisioni interne ai singoli sistemi, un reticolato rappresentativo generale, schiettamente politico, cui fanno capo – su di un piano di parità – i parlamenti degli Stati coinvolti.

Non si tratta certo di uno spunto originale: la letteratura specialistica, specialmente politologica, s'interroga da tempo su potenzialità e limiti di una parlamentarizzazione inter-

/¹⁶¹ ed euro-/¹⁶² nazionale quale appendice organizzata / istituzionalizzata della sfera pubblica multidimensionale in cui i Parlamenti stessi si trovano ad agire¹⁶³. Tuttavia, sarebbe interessante, forse, verificarne le possibilità teoriche e le potenzialità concrete di intervento in relazione agli affari esteri, specialmente là dove si tratti di prendere parte attiva in un conflitto bellico.

Prendendo a modello l'articolo 11, e in particolare l'inciso sulle condizioni di parità, tre sono le ipotesi di funzionamento esterno che, *de jure condendo*, ad esso potrebbero attribuirsi.

In un'accezione *debole*, esso imporrebbe al Governo italiano di attendere il responso del Parlamento dello Stato contraente sempre che il Governo di quest'ultimo ne faccia richiesta – lascerebbe, quindi, al diritto costituzionale dello Stato contraente di stabilire se tale richiesta debba essere sollevata, interloquendo col solo esecutivo in via diplomatica.

In un'accezione *media*, il Governo attenderebbe il responso del Parlamento dello Stato contraente là dove tale richiesta provenga dal Parlamento medesimo, secondo le norme della relativa costituzione, senz'attendere che il Governo dello Stato contraente opponga la relativa questione. Riconoscendo tale facoltà a un organo interno dello Stato suo interlocutore, influenzerebbe la condotta di quest'ultimo agendo sul piano dei rapporti

¹⁶¹ Tale parlamentarizzazione muoverebbe dall'istituzione di organi rappresentativi in seno alle organizzazioni internazionali, sulla falsariga del Parlamento europeo, i cui raccordi coi Parlamenti nazionali sarebbero tema d'interessante riflessione. Da ultimo, A. Chiniaeva, *Parliamentarization of International Governmental Organizations*, Zürich, Springer, 2021, spec. p. 157s.; cfr., in una prospettiva più ampia, il lavoro a cura di più autori, *The Rise of International Parliaments: Strategic Legitimation in International Organizations*, Oxford University Press, 2020.

¹⁶² Nel settore dell'integrazione regionale europea, l'ascesa di un organo rappresentativo in seno all'organizzazione internazionale CEE (poi affermata in via stabile con le elezioni dirette del 1979: cfr. C. Romanelli Grimaldi, *Il Parlamento europeo*, Padova, Cedam, 1977, e A. Chiti Batelli, *Il Parlamento europeo. Struttura, procedure, codice parlamentare*, Padova, Cedam, 1982) è venuta accompagnandosi, com'è noto, a un coinvolgimento sempre più massiccio dei Parlamenti nazionali, ancorché ad oggi lungo un *cleavage* di norma servente rispetto a quello intergovernativo. Cfr., *ex multis*, il volume a cura di N. Lupo e A. Manzella, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, Giappichelli, 2014; nonché quello a cura di C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg e J. Smith, *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, London, Palgrave Macmillan, 2015; da ultimo, M. Costa Lobo (a cura di) *The Impact of EU Politicisation on Voting Behaviour in Europe*, London, Palgrave Macmillan, 2023, ove si segnala Y. Kartalis, T. Silva, *Parties Acting Strategically: National Parliaments' Role in Holding the EU Accountable*, pp. 55-82. Inoltre, sul rapporto che lega i membri della Commissione ai Parlamenti nazionali, B. Crum e A. Oleart, *Information or Accountability? A Research Agenda on European Commissioners in National Parliaments*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 61:3/2023, pp. 853-864.

¹⁶³ Per maggior bibliografia, si consenta il rinvio a G. Vosa, *From Authorisation to Multi-Parliamentarism: Parliaments in Global Law-Making*, in *Finnish Yearbook of International Law*, n. 24/2013-'14, pp. 259-294. Più di recente, quanto alla parlamentarizzazione della politica estera degli Stati e, in particolare, all'esigenza, da parte degli esecutivi, di ricercare in tale parlamentarizzazione un più solido supporto di legittimazione alla loro condotta, D. Fonck e Y. Reykers, *Parliamentarisation as a Two-Way Process: Explaining Prior Parliamentary Consultation for Military Interventions*, in *Parliamentary Affairs*, n. 71/2018, pp. 674-696.

interni Parlamento-Governo.

In un'accezione *forte*, imporrebbe al Governo di esigere da tale Stato che il suo Parlamento si pronunci anche qualora nessuna richiesta provenisse dagli organi di tale Stato, né dal Governo, né dal Parlamento. Sarebbe, in questo caso, il Governo italiano ad offrire un'interpretazione delle norme della costituzione di un altro Stato, influenzandone la condotta nel suo insieme.

Nel primo caso, la clausola opererebbe solo all'interno, e manterrebbe la separazione fra diritto costituzionale dei due Stati e diritto internazionale. Nel terzo caso, in guisa speculare, l'interferenza massiccia di uno Stato su di un altro priverebbe il Parlamento di quest'ultimo di quell'iniziativa che, collegandosi alla libera auto-determinazione, consentirebbe al conflitto sottostante di manifestarsi, offrendogli nuovi spazi per una più ampia articolazione. Inoltre, sul piano politico, radicalizzerebbe le parti in gioco, opponendosi al *cleavage* statale Parlamento-Governo quello internazionale e mettendo i parlamentari con le spalle al muro senza lasciare ad essi l'apprezzamento in ordine alle circostanze e alle modalità della richiesta. Nel secondo caso, invece, l'interazione obliqua Parlamento-Governo restituirebbe una dimensione transnazionale eguale e speculare a quella presidiata dagli esecutivi, aprendosi nuovi *cleavages* per l'ampliamento della discussione pubblica in ordine a temi di importanza globale.

Per cui forse, quella *media*, sembra, a prim'acchito, la più funzionale allo scopo di recuperare un'autonoma dimensione del *politico* e con essa quella di un costituzionalismo olistico, quindi quella che in regime d'ordinarietà andrebbe perseguita – senza escludere che forme diverse siano eventualmente impiegate per settori specifici.

Potrebbe dunque prevedersi, all'esito di quest'indagine, un meccanismo per cui, in seno a determinate organizzazioni o accordi internazionali, il Parlamento di uno Stato possa chiedere al Governo dello Stato o degli Stati che con esso interloquiscono di essere sentito, in forza della clausola sulle condizioni di parità. Al più, potrebbe pensarsi a un novero di trattati per cui tale passaggio parlamentare sia obbligatorio, come per quelli sui diritti umani, sull'ambiente, sul clima, sulle armi o altri ancora che si reputino di peculiare sensibilità politica. Infine, potrebbero differenziarsi i meccanismi, sul modello di quelli sopra citati, secondo le materie di cui si verte.

Tale *escamotage* darebbe fiato a quell'indole *inter-costituzionale* tanto profonda da lasciarsi definire *identitaria*, ben inscritta nel diritto contemporaneo, su cui la dottrina ha

formulato oculate riflessioni¹⁶⁴; e, probabilmente, per quel che attiene all'Unione europea come organizzazione internazionale ad integrazione particolarmente intensa, consentirebbe, forse, di attribuire un notevole significato pratico alla norma di cui all'art. 8, paragrafo 1, del Protocollo aggiunto al TUE sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, a voce del quale «[l]a Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'articolo 263 del TFUE da uno Stato membro, o trasmessi quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale». Alle spalle di questa norma, infatti, vi è una logica assai simile: quella di costruire un *cleavage* interparlamentare capace di controbattere la dominanza degli esecutivi¹⁶⁵, che fuori dal quadro euro-unitario risulta, peraltro, ancor più debordante.

Fin qui, dunque, il vincolo giuridico di cui l'articolo 11, *sub specie* dell'inciso citato, potrebbe farsi portatore. Un vincolo eminentemente procedurale, coerente con l'impostazione dei rapporti fra diritto interno ed internazionale costruiti all'indomani della seconda guerra mondiale, nonché con tutte quelle disposizioni costituzionali tese a vincolare il Governo alla ratifica parlamentare per i trattati di spiccata sensibilità politica. Pretendere di più dal diritto sarebbe forse ingiusto, se non artatamente parziale: significherebbe chiedergli di avallare od opporsi indefinitamente a una certa decisione, sia essa di primazia del diritto interno o di quello internazionale, ancorché essa non dimostri di godere di un adeguato sostegno da parte dei rappresentanti dei relativi destinatari. Vorrebbe dire, insomma, piegarlo agli interessi e alla *Weltanschauung* di una determinata *élite*, politica, economica, militare e finanche intellettuale, senza sperimentarne sul campo il radicamento e la condivisione da parte di chi rappresenta la volontà generale delle

¹⁶⁴ Agli autori citati *supra*, in nota, adde A. Ruggeri, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2022, pp. 1-9; M. Ferrara, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 37 ss., *passim*, e A. Gusmai, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, p. 1-31, p. 15 ss., p. 19 ss.

¹⁶⁵ Una riflessione ormai più che decennale, su cui D. Curtin, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *The Modern Law Review*, n. 77:1/2014, pp. 1-32; cfr. S. Fabbrini, *Intergovernmentalism and its Limits: Assessing the European Union's Answer to the Euro-Crisis*, in *Comparative Political Studies*, n. 46:9/2013, pp. 1003-1029, e F. Castillo de la Torre, *La Comisión Europea y los cambios en el poder ejecutivo de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50/2015, pp. 85-124. Da ultimo, V.A. Schmidt, *European emergency politics and the question of legitimacy*, in *Journal of European Public Policy*, n. 29:6/2022, pp. 979-993.

persone uguali.

Pretendere di meno, tuttavia, sarebbe del pari ingiusto e parziale. Significherebbe, infatti, avallarne l'abdicazione dinanzi alla strabordante forza del fatto, spezzando le radici giuridico-costituzionali delle società occidentali. Significherebbe rassegnarsi alla marginalità del diritto nei rapporti fra consociati; o, più correttamente, alla sua *deformazione* in favore di logiche incapaci di guardare alle persone come portatrici di eguale dignità. Significherebbe, infine, lasciare che criteri di risoluzione dei conflitti diversi dal diritto prendano il sopravvento su di esso, legittimando l'egemonia di uno Stato e lasciando che i rapporti di forza interni ad esso determinino mutamenti anche cospicui, ancorché non controllabili, delle relazioni sociali, politiche ed economiche in seno ad altri Stati.

Insomma: in nessun caso, se non restando all'interno di quest'equilibrio sottile tra forma e sostanza, sembra profilarsi una *chance* di difendere quell'obiettivo altissimo che, dopo la seconda guerra mondiale si pose come inderogabile pur nella sua, in fondo, ovvietà – evitarne un'altra, ripudiando il conflitto bellico quale modo di soluzione delle controversie a ogni livello territoriale.

Sembra di poter dire, infine, che tale lettura erga un argine insieme realistico e rispettoso dell'evoluzione del diritto post-Norimberga. A partire dal quel frangente storico, com'è noto, la traiettoria delle relazioni internazionali ha preso una certa piega; e così quella del diritto, che si è evoluto seguendone le ispirazioni liberiste e globali. Questa lettura, tuttavia, pena la frattura dell'ordine costituito, non può pregiudicare oltre la soglia di un'accettabilità generale la sfera giuridica di coloro i quali da tal evoluzione sono privati di diritti e libertà che pure gli sarebbero spettati secondo il diritto costituzionale del proprio Stato.

Costruito dentro quest'ampia forbice di collaborazione reciproca, il rispetto delle condizioni di parità è chiave per il perseguimento di quell'alta aspirazione universale che sorse come obiettivo storico dinanzi agli orrori della guerra. Marca, in altri termini, la distanza tra una comunità internazionale di persone libere ed uguali e un crogiuolo di poteri selvaggi¹⁶⁶ fondato su *sphere di influenza*, proclive a uno scontro senza regole tra *élites* e fra grandi potenze da esse manovrate, cinicamente disputato sulla pelle degli Stati più piccoli

¹⁶⁶ Secondo la celebre espressione di L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 10 ss., p. 60 ss.; cfr. G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, Laterza, 2021, pp. 47 ss., *passim*.

e dei ceti più bassi in generale.

Sarebbe, quest'ultimo, il preludio al ritorno del *Großraum*,¹⁶⁷ alla radice del quale – mette conto di ricordarlo – c'è l'antropologia degli *Herrenvölker*, *popoli signori*, che per la loro *superiore dignità* soggiogano gli *Sklavenvölker*, a buon diritto decidendo del destino di questi¹⁶⁸. Legittimare col diritto tale scenario, si badi, significa tirar fuori dai cassetti della storia l'armamentario teorico del diritto internazionale che sospinse l'epopea del *Terzo Reich*. Tale collegamento, per quanto assai sgradevole, non può essere occultato, ma anzi va apertamente illuminato: poiché conferma sinistramente i presagi di chi, già vent'anni fa, illuminava il lascito oscuro del costituzionalismo europeo¹⁶⁹ ed esortava a prenderne definitivamente le distanze¹⁷⁰.

Si capisce, allora, perché la dignità della persona come tale – la dignità di persone uguali – stia a espresso fondamento dell'ordine costituito dopo la seconda guerra mondiale. Attorno a tale concetto, infatti, si giocano il riscatto dagli anni bui del totalitarismo novecentesco e la partita delle relazioni tra popoli e tra Stati per i tempi a venire. Tener salda la lente, così ricca di sfumature, che esso offre, dà la misura della chiarezza con cui, *sub specie aeternitatis*, si volle impedire il ritorno di un passato nefasto; e sta a monito solenne circa la necessità di lasciare il più possibile ariosa, fino a renderla incolmabile, la distanza tra le due sponde della storia che il 1945 divide.

¹⁶⁷ Una nutrita letteratura storico-giuridica e geopolitica, contestualizzando le posizioni di C. Schmitt, *Völkerrechtliche Grossraumsordnung: Mit Interventionsverbot für raumfremden Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941) Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 22 ss., argomenta che il concetto di *Großraum* riproduce e trasmette al di là (e ad onta) delle costituzioni del secondo dopoguerra l'armamentario teorico che era venuto sviluppandosi a cavallo fra Otto e Novecento: M. Specter, *Großraum and Geopolitics*, in *History and Theory*, n. 56:3/2017, pp. 398-406.

¹⁶⁸ L'antropologia suprematista che sostiene la teoria dei popoli "schiavi" proviene dal filone pangermanistico del nazionalismo tedesco: risalendone il corso, cfr. J.G. Fichte, *Discorsi alla nazione tedesca* (1808) Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 114 ss., *passim*. Che del resto vi fosse un legame inscindibile tra mire espansionistiche delle grandi potenze e affermazione di una superiorità naturale, a sfondo etnico-antropologico, dei popoli rispettivi, a mo' di giustificazione della propria condotta, appare chiaro già all'alba del Novecento: cfr. V. Bianchi-Caglièsi, *La filosofia politica del pangermanesimo*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, n. 78:309/1918, pp. 3-30, e prim'ancora F. de Dominicis, *L'idea nazionale tedesca e il pangermanismo*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, n. 56:223/1911, pp. 305-327.

¹⁶⁹ C. Joerges e N. Singh Ghaleigh (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and its Legal Traditions*, Oxford-Portland, Hart, 2003, prefaz. M. Stolleis, ove cfr. C. Joerges, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, pp. 167-191.

¹⁷⁰ J. Habermas, *Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?*, in Id., *The Divided West*, Cambridge, Polity Press, 2006, pp. 188-193.

Abstract: Ripercorrendo la vicenda delle relazioni tra ordinamenti all'indomani della seconda guerra mondiale, il lavoro s'incentra sulla portata dell'art. 11 Cost. nella parte in cui esige «condizioni di parità» per le limitazioni di sovranità volte a consentire pace e giustizia fra Nazioni. In specie, ritiene la qualità olistica delle costituzioni uno strumento per ottenere, mediante il gioco di sovranità e rappresentanza, una tendenziale omogeneità fra diritto interno ed internazionale. In tal modo, si manterrebbe l'ordine post-Norimberga fondato sulla dignità della persona umana, sia sul piano statale – salvaguardando rigidità ed apertura delle Costituzioni – sia nelle molteplici dimensioni della globalità, così assicurando pace e giustizia su scala mondiale.

A tale scopo, si esaminano criticamente i filoni dottrinari afferenti sia all'integrazione europea sia alla frammentazione del diritto internazionale, formulando *de jure condendo* alcune ipotesi circa l'uso della clausola sulle condizioni di parità nei rapporti internazionali.

Abstract: Aware of the evolving relations among legal orders in the aftermath of WWII, this work focusses on the «equal conditions» that Article 11 of the Italian Constitution requires for the State's adhesion to and implementation of Treaties and international organisations. Taking the post-Nuremberg order as a reference, this work depicts the holistic quality of contemporary constitutions as a tool to pursue a certain homogeneity between national and international law through the sovereignty-representation construct, building on the dignity of the human person as the key concept. Thanks to this quality, it argues, such order would be safe at the domestic side – as constitutions would stay both open and rigid – as well as in the manifold dimensions of globalisation, for peace and justice would be easier to pursue. Critical reflections will be advanced as for the multiple theories addressing constitutional law after the State, on one side, and the constitutionalisation of international laws, on the other. Eventually, three options *de jure condendo* will be formulated to account for the material application of the 'equal condition' clause.

Parole chiave: Articolo 11 Costituzione italiana – Condizioni di parità – Ripudio della guerra – Relazioni tra diritto interno ed internazionale – Primato del diritto internazionale – Costituzionalizzazione del diritto internazionale – Costituzionalismo sociale – Parlamenti nazionali – Dignità della persona umana.

Key words: Article 11 of the Italian constitution – Equal conditions clause – constitutional ban of war – relations among legal orders – primacy of supranational law - societal constitutionalism – constitutionalization of international law – National Parliaments – Dignity of the human person.

L'INTERESSE PUBBLICO E IL DIRITTO DI DIFESA. REGOLE E PREGIUDIZIO NEL PROCESSO PENALE DOPO LA RIFORMA CARTABIA*.

di Francesca Iole Garofoli**

Sommario. 1. L'interesse pubblico e i metavalori del processo penale. – 2. La precarietà del fine cognitivo nella logica processuale. – 3. I percorsi *alternativi* di acquisizione e analisi del *thema probandum*. – 4. La finalità cognitiva e le prassi distorte: a proposito del diritto al silenzio e della collaborazione. – 5. L'art. 415 bis c.p.p. tra obblighi del magistrato del pubblico ministero e contraddittorio per la prova: economia processuale o diritto di difesa?

1. L'interesse pubblico e i metavalori del processo penale.

Occuparsi dell'azione penale significa esplorare quei difficili equilibri tra interesse pubblico e meta-valori del processo penale, ogniqualvolta, il Magistrato del Pubblico Ministero, è in bilico tra potere limitativo delle libertà e ricerca della verità.

In altri termini, occorre interrogarsi sul grande equivoco che è alla radice della funzione del processo penale, da un lato, contraddistinto da un indispensabile interesse cognitivo, nella duplice e delicata finalità di riedificare il fatto storico contenuto nell'ipotesi accusatoria, dall'altro lato, il controverso ruolo di *dominus* delle indagini, informa il magistrato del pubblico Ministero sulla regola di non considerazione di colpevolezza quale regola trattamentale di tutela delle garanzie procedurali¹.

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università di Bari Aldo Moro.

¹ In tal senso, G. Canzio, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Confronto di idee su: scienza e giustizia penale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2011, ove testualmente si afferma che: “la funzione cognitiva permea e ispira ogni atto del processo: dalla formulazione dell'accusa, all'esito di un percorso abduttivo diretto a selezionare la più verosimile fra le ipotesi ricostruttive del fatto, al contraddittorio per la prova e sulla prova, alla falsificazione o alla conferma dell'enunciato di accusa, oltre la soglia del ragionevole dubbio, si da risultare giustificata la dichiarazione di colpevolezza e la condanna dell'imputato”; P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv.dir. proc.*, 1955, p. 164 ss.; G. Canzio, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria*, in *AA.VV., Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, p. 71 ss.; F. Carnelutti, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960,

Se dunque, la finalità cognitiva, è prerogativa *funzionale* su ogni singolo atto del processo: dall'enunciato dell'addebito sino alla decisione definitiva, viceversa, sulla probabile correlazione tra enunciato contenuto nell'imputazione ed accertamento giurisdizionale incide la regola cognitiva dell'oltre il ragionevole dubbio, poco incline a tollerare un accertamento non altamente qualificato, poiché la probabilità logica, si conquista attraverso il sindacato sulla motivazione del provvedimento².

Potremmo definirli *Presidi di qualità* che si attuano mediante i meccanismi enucleati nel 533 c.p.p., regola secondo cui la colpevolezza deve essere dimostrata «al di là di ogni ragionevole dubbio». Insomma, regole che pretendono dal Giudice e non solo, di dar conto del proprio *iter* logico-argomentativo.

Invero, l'attuale sistema legislativo evidenzia il rischio che la «strada maestra di un accertamento completo e pieno» possa essere abbandonata in “favore di scorciatoie probatorie o di veri e propri ‘giudizi’ anticipati a livello normativo, con effetti negativi sulla qualità della risposta giurisdizionale”³.

In altri termini, il sovvertimento di alcuni ideali del c.d. processo accusatorio, di cui oggi restano solo scorie, tra arretramento dell'azione sulle indagini e contrattazioni senza giudizio, riducono gli spazi difensivi nel momento di acquisizione della prova, ormai

p. 71 ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss.; F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608 ss.; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 77 ss.

² Cfr. L.P. Comoglio, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1991, p. 17 ss.; P. Ferrua, *Processo penale e verità*, in S. Anastasia e M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 211; L. Marafioti, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2497 ss.; S. Moccia, *Verità sostanziale e verità processuale*, in R. Degiorgi (a cura di), *Il diritto e la differenza. Studi in onore di A. Baratta*, vol. I, Lecce-Brescia, 2002, p. 421 ss.; S. Pugliatti voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 50; M. Taruffo, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.; G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 79 ss.; K. Volk, *Verità, diritto penale sostanziale e processo penale*, trad. it., L. Marafioti, in *Il giusto processo*, n. 8/1990, p. 386; V. Garofoli e G. Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, Milano, 2012; J. Ferrer Beltran, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, p. 34.; G. Tuzet, *Prova, verità e valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1527 ss.

³ In questi termini, Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3652 ss. Si veda altresì L. Marafioti, *Giustizia penale negoziata*, cit., p. 2497, ove si evidenzia che: “il ritorno al mito della verità processuale appare ormai impossibile, di fronte a molteplici evidenze di quanto esso sia stato progressivamente messo in crisi dalla concreta dimensione applicativa della giustizia penale e, ancora prima, dalla presenza nel nostro sistema di fattispecie che sembrano, talvolta, autorizzare l'idea che da tale concetto si possa addirittura prescindere”.

eminentemente documentale, quale effetto della trasformazione ontologica del processo parlato, in processo documentato⁴.

Sicché, indirizzare le scelte legislative sul fattore tempo appare un pretesto finalizzato a mettere in luce l'intempestività endemica della risposta giudiziaria, mentre, nelle prospettive di Riforma non si ravvede alcuna riflessione sulle finalità cognitive del processo penale ma, piuttosto, una nuova linfa vitale nel concorrente principio di efficienza processuale, in sinergia con il principio di non dispersione della prova.

Invero, i nuovi assetti legislativi sminuiscono la portata della regola di non considerazione di colpevolezza, quale regola probatoria e di giudizio, ogniqualvolta il magistrato del pubblico ministero, nella fase delle indagini, non favorisce un confronto dialettico con la difesa, attraverso una ricerca degli elementi a favore dell'indagato.

Di qui, la necessità di rivalutarne la funzione, ormai al di fuori dei criteri indicati nel portato costituzionale sul giusto processo, laddove, si sa, la difesa tecnica, nelle indagini difensive, in mancanza di strumenti, disponibilità economiche, si riduce ad un vuoto dei fini.

Su un piano diversificato, l'accelerazione dei tempi processuali, favorisce una visione che esalta l'elemento presunto, quale unico elemento in grado di veicolare l'epilogo decisivo sulla base di un pregiudizio disinvoltato, poiché "formulato prima della prova secondo uno schema approvato dalla legge"⁵.

È evidente che siamo precipitati in una situazione, lontano dalle aspirazioni di chi ha sempre sostenuto che il processo penale si prefigga il delicato compito di riedificare il fatto storico previsto nell'ipotesi accusatoria, perché, se tale peculiarità *funzionale*, come si è detto, riguarda ogni singolo atto del processo sin dalla formulazione dell'addebito forse, il Giudice, non dovrebbe limitarsi ad "affermare la verità dell'enunciato fattuale contenuto nell'imputazione, o, per meglio dire, della proposizione che di quell'enunciato costituisce il contenuto astratto"⁶.

⁴ G. Riccio, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Napoli, 2015.

⁵ Cfr. G. Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 344; V. S. Messina, *Il regime delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1914, p. 307, il quale rileva che l'essenza della presunzione risiede nella "ammissione di un fatto provato nella sua verità reale, in base all'esperienza comune della sua normalità".

⁶ In tal senso, G. Canzio, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Confronto di idee su: scienza e giustizia penale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2011, il quale osserva che: "la funzione cognitiva permea e ispira ogni atto del processo: dalla formulazione dell'accusa, all'esito di un percorso abduttivo diretto a selezionare la più verosimile fra le ipotesi ricostruttive del fatto, al contraddittorio per la prova e sulla prova, alla falsificazione o alla conferma dell'enunciato di accusa, oltre la soglia del ragionevole dubbio, si da risultare giustificate la dichiarazione di colpevolezza e la condanna dell'imputato"; G. Canzio,

2. La precarietà del fine cognitivo nella logica processuale.

Non si può non sottolineare che l'incremento caotico di riforme, il contrasto, non sempre d'ausilio, tra tesi dottrinarie e orientamenti giurisprudenziali, la propensione per le tecniche legislative emergenziali, ha inciso negativamente sul sistema cognitivo del processo penale, poiché, quelle regole che dovrebbero guidare il Giudice, nel percorso legale di accertamento della responsabilità, rappresentano, oggi, un coacervo di dubbi e incertezze poiché, manipolate nel tempo, da interventi legislativi più propensi a favorire l'idea di un processo penale come strumento di gestione politica, di ricerca del consenso, con evidente compromissione delle garanzie procedurali a favore di un fine che esalta la vendetta, la punizione.⁷

Eppure, la giurisdizione, intesa come metodo, pretende una lettura del processo penale quale diritto costituzionale applicato, il cui modello rievoca quattro indiscutibili postulati: *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione.*

Se tale prospettazione fosse condivisa, allora la verità processuale andrebbe ricercata in quei luoghi dove il processo penale manifesta la sua capacità di resistenza ai principi democratici; quei luoghi dove ogni parte processuale favorisce le modalità di accertamento che richiedono sin dalle indagini preliminari un confronto dialettico tra accusa e difesa, poiché dirette da criteri di irrepreensibilità per la verità e non da pregiudizi⁸.

Allora, occorrono adeguati anticorpi e una precisa premessa epistemologica: *Veritas, non auctoritas, facit iudicium*, poiché la giurisdizione conosce il valore della verità: “non una

Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria, in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, p. 71 ss.; F. Carnelutti, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 71 ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 1 ss.; F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608 ss.; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 77 ss.

⁷ Cfr. F. Cavalla, *Prefazione a Retorica, processo, verità*, in AA.VV., *Retorica, processo, verità*, a cura di Cavalla, Milano, 2007, p. 11.

⁸ S. Satta, *Il Mistero del Processo*, Milano, 1994, Il mistero del processo di Satta esprime un dubbio “Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l’attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici”.

verità sostanziale, assoluta, materiale, bensì una verità formale, debole, “*che non pretende di essere la verità*” ed eleva le regole procedurali da mere *condizioni di validità* delle decisioni giudiziarie, a vere e proprie *condizioni di verità* delle stesse”.⁹

Insomma, un processo penale, dove il dubbio, non coniuga predicato iniziale e colpevolezza dell'imputato, poiché il rischio è quello di un danno irreparabile e, si sa, “l'errore giudiziario non è mai fecondo”.¹⁰

Se tali sono le premesse, il concetto di verità si connota di ulteriori riflessioni, di molteplici verità che attengono alla terzietà del giudice, ai suoi doveri e poteri istruttori, a quella motivazione costituzionalmente obbligata, insomma, un processo penale ove il criterio dialettico si pone come censore nella coesistenza di plurime verità: la *verità* del magistrato del pubblico ministero, la *verità* dell'accusato, la *verità* del difensore, la *verità* del giudice, la *verità* del testimone, la *verità* dei mass media, la *verità* dell'opinione pubblica, evidentemente condizionata da quella dei mass media. Tutte, nella modernità, connotate dall'esigenza di favorire la velocità, la semplificazione sull'accertamento della responsabilità. Insomma, una evidente *debacle* se non si riesce a comprendere che il tempo del processo, quello ragionevole, è quello necessario per l'accertamento.

Invero occorre evidenziare che, se il legislatore ha il compito di regolare l'esercizio dei diritti inviolabili, nel processo penale la locuzione “*garanzie procedurali predeterminate*” attiene ad una riserva di legge assoluta, poiché la sua funzione incide sulla dignità umana. In altri termini, il principio di legalità processuale svolge una funzione subordinata all'invulnerabilità dei diritti umani, pertanto, più elevata è la soglia di manifestazione del principio di legalità processuale più, diminuisce l'impatto del processo sulle libertà, per ritrovare nel valore della *efficienza del processo* la “necessaria attitudine del sistema processuale a conseguire, attraverso meccanismi normativi idonei allo scopo, l'accertamento dei fatti e delle responsabilità”¹¹.

⁹ Cfr. F. Cavalla, *Prefazione a Retorica, processo, verità*, in AA.VV., *Retorica, processo, verità*, cit., p. 12.

¹⁰ P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento*, cit., p. 196, nonché G. Illuminati, (voce) *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, p. 1. Per una compiuta esegesi del *Principio d'indisponibilità*, cfr. G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1961, p. 177.

¹¹ G. Lozzi, *Il vestito di Arlecchino indossato dal codice del 1930 [...], pare ormai stare a pennello anche al codice del 1989?*, in *Crit. Dir.*, n. 1/1994, p. 21 ss. ove si evidenzia che: “Invero, giurisdizione e processo sono fenomeni dell'esperienza giuridica intimamente correlati, dai contenuti relativi e variabili, nel senso che la fisionomia di entrambi riflette le fondamenta ideologiche dei singoli ordinamenti nelle diverse fasi storico-politiche. Il processo penale si è progressivamente trasformato e deformato: da strumento di accertamento della responsabilità di un soggetto in relazione ad un fatto di reato, in mezzo di contrasto e di lotta ai fenomeni

In fondo, è il principio di stretta legalità che impone al giudice di servirsi di valori di natura sostanziale, che, peraltro, rientrano nel suo patrimonio culturale, etico, religioso e, talvolta, politico. Sicché, “in ogni interpretazione giuridica [...] (vi potrà essere) un certo margine di scelta politica, perché difficilmente il giudice riuscirebbe a distaccarsi da sé a tal punto da preservare il giudizio non solo dai suoi convincimenti personali e dalle sue tradizioni, quanto anche “dai suoi pregiudizi e dalle sue fobie”.¹²

3. I percorsi *alternativi* di acquisizione e analisi del *thema probandum*.

Il *modus operandi* legislativo si indirizza verso la formulazione di fattispecie che invertono i passaggi del sillogismo giudiziario tradizionale, risolvendosi nell'affermazione di un fatto, a prescindere dalla prova dello stesso, con l'inevitabile conseguenza di costringere la difesa all'introduzione obbligatoria di elementi probatori a discarico, con una sostanziale inversione dell'onere della prova.

Non sfugge, l'impronta presuntiva di una siffatta impostazione. Un'opzione metodologica dietro alla quale, insomma, si staglia l'idea che per i fini perseguiti dall'accertamento penale non è in fondo necessario “provare processualmente ogni conoscenza”¹³. Un esempio paradigmatico è lo speciale modulo applicativo della custodia cautelare in carcere stabilito per gli indiziati *pericolosi* dall'art. 275, c. 3, c.p.p., in deroga all'assetto ordinario di individuazione dei presupposti e dei criteri di scelta delle misure. Prevedendo, a tal fine, una duplice presunzione: l'una, sempre superabile, in punto di sussistenza delle esigenze cautelari; l'altra, diversamente graduata a seconda della gravità del reato qualificato, in

criminosi. Queste involuzioni della prassi giudiziaria penale sono state, di volta in volta, assecondate o ignorate, da una classe politica incapace di rispondere ai mutamenti sociali che intanto attraversavano il Paese, tanto che la stessa riforma del codice di rito non si rivelò quella rivoluzione copernicana che molti invocavano”.

¹² P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV edizione del 1959, Milano, 2011, p. 237.

¹³ Si tratta di un fenomeno sperimentato anche in passato che si ripropone ciclicamente in base alle specifiche contingenze storiche, cfr., per tutti, G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1986. Una ricostruzione cronologica della legislazione emergenziale è offerta da E. Fortuna, *Leggi, cultura e costume dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 205 ss. M. Ferraioli, (voce) *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 307. Cfr. I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 103.; M. Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette «massime di esperienza»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 145; A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 165 ss.

ordine alla adeguatezza della misura al caso concreto¹⁴.

In altre parole, la sensazione è quella di un mutato assetto dei rapporti tra libertà di autodeterminazione dell'organo giurisdizionale e autorità della legge, decisamente sbilanciati in favore della seconda e in definitiva fra libertà personale e potere coercitivo dello Stato. In particolare, dare eccessivo risalto alla dimensione *ostativa* del principio di legalità, porterebbe ad assecondare forme di auto degenerazione, *sub specie* di regole troppo costrittive e censurabili sul piano della razionalità, infatti, sembra essersene accorto persino lo stesso legislatore, nella l. n. 47/2015, di riforma delle misure cautelari, ove si è provato a inserire la *retromarcia* per evitare una coercizione cautelare agevolata dal frequente utilizzo su ampia scala di rigidi automatismi e presunzioni normative.

Oggi, la sensibilità mostrata dall'attuale Legislatore per il problema dell'abuso della carcerazione preventiva non basta, le ipotesi formulate di un collegio e non più di un solo giudice per le indagini preliminari, non superano quel limite di fondo che, sotto l'egida di un modello di stretta legalità cautelare disvela una discutibile concezione del processo penale quale strumento di controllo sociale¹⁵. Forse, occorrerebbe spezzare quella *liaison dangerous* tra magistrato del pubblico ministero e Giudice delle indagini preliminari attraverso l'applicazione dei criteri di cui all' art. 11 c.p.p. e, dunque, un'imparzialità rafforzata dall'assegnazione ad un giudice che ha sede nel capoluogo del diverso distretto della Corte di appello, così come previsto per i procedimenti a carico dei magistrati.

¹⁴ A. Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2170 ss.; M. Ceresa Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4442 ss.; G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 – sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1199 ss.; A. Gaito, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, II, Utet, Torino, 2009, p. 416 ss.

¹⁵ P. Ferrua, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarrà*, Padova, 1996, p. 138; P. Corso, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 202; A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 839 ss.

4. La finalità cognitiva e le prassi distorte: a proposito del diritto al silenzio e della collaborazione.

In attesa che Corte Europea dei diritti dell’Uomo e la Corte costituzionale arginino situazioni che maggiormente stridono con la dignità della reclusione, aprendo qualche spiraglio a risolutivi interventi legislativi, l’applicazione delle misure cautelari, resterà marchiata dal suo codice genetico, come anticipazione della colpevolezza e della pena.

Peraltro, i grandi equivoci nella dicotomia tra ricerca della verità e diritto al silenzio, evidenziano quei casi dove, si continua a considerare l’indagato come fonte di prova o ancor peggio come strumento di ricerca della prova, a seconda che si voglia sollecitare la confessione o la chiamata in correità¹⁶.

Bisognerebbe, altresì, superare quel paradosso del senso comune, secondo cui l’innocente non ha interesse a tacere bensì a reclamare il diritto di parlare, poiché da qui si generano quelle prassi *borderline* che parlano d’impiego di misure coercitive ad *eruendam veritatem*, in quella procedura penale invisibile, d’indecente attualità¹⁷.

Oggi, nel nostro sistema, sebbene sia evidente, l’esigenza di escludere ogni forma di strumentalizzazione delle misure cautelari a finalità di stimolo per una partecipazione attiva dell’indagato/imputato alla formazione del materiale probatorio (art. 111, c. 4, Cost. e art. 6 della Convenzione europea sui Diritti dell’Uomo – libertà di autodeterminazione ex art. 2 Cost. e correlativo art. 188 c.p.p. che vieta l’impiego di metodi o tecniche idonee ad influire sulla libertà di determinazione ed infine il testo novellato dell’ art. 191 c.p.p. quale norma di chiusura in tema di prove illegittimamente acquisite che al comma 2-*bis* inserito per effetto della legge sul reato di tortura pone il divieto di utilizzare informazioni o

¹⁶ E. Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo in Cassazione penale*, n. 4/2003, p. 1424. per il quale “l’orizzonte dei nostri studi non può rimanere circoscritta al piano normativo perchè, descritto in questi termini, il diritto è come una camera incantata, pietrificata, immobile, senza tempo in virtù di uno strano incantesimo”.

¹⁷ 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”.

dichiarazioni ottenute con metodi coercitivi), permane, tuttavia, l'esigenza di acquisire, senza la dovuta consapevolezza, ogni parola dell'inquisito, che possa favorire l'ipotesi accusatoria e il suo moltiplicarsi, su vicende altrui¹⁸.

In altri termini, la detenzione diventa il prezzo del diritto al silenzio e, viceversa, si profilano nuovi stimoli che allontanano da un'idea di coartazione ma, allo stesso tempo, seducono l'inquisito con i benefici premiali incidendo, in tal caso, sulla sua libertà di autodeterminazione¹⁹.

Su un piano diversificato, dunque, l'irrisolta complessità dei rapporti tra coercizione cautelare e presunzione di pericolosità mantiene dinamico il coinvolgimento riflessivo dell'interprete, sollecitandolo, soprattutto, nell'individuazione del nucleo strutturale del paradigma presuntivo. In tal senso, non serve subire le schizofrenie legislative se, di fatto, poi se ne legittima l'incidenza immediata, in una fase dove il magma impone dei limiti trattamentali per la non considerazione di colpevolezza e, viceversa, non vuole compromettere le fasi ordinarie dell'accertamento giurisdizionale.²⁰

Se nel processo civile, l'art. 2697 c.c., rubricato «Onere della prova», prevede che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda», nel processo penale, l'onere della prova è posto a carico del Pubblico Ministero, tenuto a dimostrare la responsabilità penale dell'imputato, sempre che non debba chiedere l'archiviazione (artt. 125 disp. att. c.p.p. e 50 c.p.p.) o il proscioglimento (artt. 529 ss. c.p.p.), né tantomeno, si può pensare che possa gravare sull'imputato, il quale può scegliere di rimanere in silenzio²¹.

Pertanto, anche la Corte costituzionale, ha sempre rifiutato l'idea di un onere della prova a

¹⁸ V. Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzie, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1387; E. Marzaduri, *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1989, p. 285.

¹⁹ P. Ferrua, *Poteri istruttori del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi in Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996.

²⁰ Cfr. E. Marzaduri, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015, p. 166. Analogamente, M. Nobili, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 27, il quale sottolinea le «enormi attitudini [del processo] a costituire, esso direttamente, anche un mezzo per incidere 'subito' su collettività e individuo; un mezzo anticipato di controllo sociale; una sorta d'investitura – pur derivata dalle norme sostanziali – per l'esercizio di poteri intesi in sé stessi».

²¹ G. Pierro, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Roma, 2011, pp. 25-42., G. Conso, V. Grevi e M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 7^a ed., p. 324 ss.; cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2015, 10^a ed., p. 880 ss.

carico della difesa, poiché si porrebbe in contrasto con l'indisponibilità della libertà personale e con i principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale favorendo l'idea che l'imputato non è gravato da un onere bensì di un «Diritto alla prova» ex art.190 c.p.p. che si realizza nel “diritto di difendersi provando”²².

In tal senso, occorre ribadire come la regola di non considerazione di colpevolezza sia da intendere come regola forte, con efficacia *erga omnes*, nel percorso di accertamento della responsabilità penale, poiché l'indagato e/o l'imputato è, e deve restare: “il centro di una costellazione di poteri, soggezioni, diritti”²³.

5. L'art. 415 bis c.p.p. tra obblighi del magistrato del pubblico ministero e contraddittorio per la prova: economia processuale o diritto di difesa?

Su un piano diversificato, la disciplina dell'avviso in conclusione delle indagini preliminari raffigura l'approdo di un'evoluzione legislativa iniziata con la Legge numero 234 del 16 Luglio 1997 e conclusa con la legge n. 479/1999 (cd. Legge Carotti) istitutiva del Tribunale composto da un solo Giudice (per particolari reati), che ha introdotto nel codice di procedura penale l'art. 415 bis c.p.p. «l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari»²⁴. In altri termini, la morfologia dell'interrogatorio dell'indagato diventa il precedente indispensabile per la legittimità della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto

²² Corte Cost., 24-03-1993 n.111, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 916; P. Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1082.

²³ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1974, p. 61.

²⁴ Legge 16 luglio 1997, n. 234, *Modifica dell'articolo 323 del Codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 172 del 25 luglio 1997. Art. 2. (Modifica degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale). 1. All'articolo 289, comma 2, del codice di procedura penale è aggiunto, infine, il seguente periodo: «Nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65». 2. All'articolo 416, comma 1, del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La richiesta di rinvio a giudizio è nulla se non è preceduta dall'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio ai sensi dell'articolo 375, comma 3». 3. All'articolo 555, comma 2, del codice di procedura penale, dopo la parola: «nullo», sono inserite le seguenti: «se non è preceduto dall'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio ai sensi dell'articolo 375, comma 3, ovvero». Art. 3. (Norma transitoria) 1. Il comma 1 dell'articolo 416 del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 2, comma 2, della presente legge, ed il comma 2 dell'articolo 555 del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 2, comma 3, della presente legge, non si applicano ai procedimenti penali nei quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, è già stata depositata richiesta di rinvio a giudizio o è già stato emesso decreto di citazione a giudizio.

di citazione.

La *ratio* dell'art. 415 *bis* c.p.p. si rinviene nell'importanza della regola di informazione dell'indagato, nelle fasi iniziali del procedimento penale e, unitamente alla regola di non considerazione di colpevolezza, informa il soggetto sottoposto ad un percorso legale di accertamento della responsabilità, quale portatore di diritti inalienabili che si contrappongono al potere giudiziario. Pertanto, l'informazione relativa al procedimento in corso, sugli estremi dell'addebito, sui poteri che è consentito esercitare, sulle garanzie assicurate dalla legge, concretizzano una duplice consapevolezza: da un lato informano l'indagato del contenuto dell'ipotesi accusatoria, dall'altro lo avvisano degli strumenti utili all'esercizio del diritto di difesa. Rappresenta, in altri termini, l'applicazione diretta dell'art 24, c. 2, Cost. ove l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento intende da un lato garantire all'indagato la conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico e, dall'altro, informarlo sulla possibilità di compiere indagini difensive.²⁵

In altri termini, l'art. 415-*bis* c.p.p. esalta il criterio dialettico tra accusa e difesa, metodologia di ricerca della verità attraverso il contraddittorio per la prova. *Tranchant* il pensiero espresso dall'on. Leone nella Relazione al Congresso giuridico nazionale forense tenutosi a Firenze nel 1947, che in riferimento all'art 24, c. 2, Cost. sottolineò "l'obbligo di introdurre un congegno informativo di garanzia in grado di consentire all'imputato di esercitare il diritto di difesa in modo non virtuale ma concreto [...]" e per fare ciò, continuava, "[...] l'imputato deve essere informato dell'esistenza di un procedimento penale fin dal suo sorgere con un avviso che lo ponga nelle condizioni di attivarsi per la raccolta di fonti di prova o elementi di prova a sua difesa prima ancora di conoscere i risultati delle investigazioni del pubblico ministero"²⁶.

Sicché la regola prevista dall'art. 24, c. 2, Cost. nella fase delle indagini preliminari prevede da un lato, un'informazione correlata al compimento di attività d'indagini che saranno utilizzabili dal giudice del dibattimento, dall'altro lato, una completa *discovery* del materiale raccolto dal Magistrato del Pubblico Ministero.

Però, le interpretazioni giurisprudenziali non sempre sono in linea con i principi ispiratori,

²⁵ G. Frigo, *Le nuove indagini dal punto di vista del difensore*, in AA.VV. *Le indagini difensive*, Legge 7 dicembre 2000 n. 397, Milano, 2001, p. 59, A. Verger, *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*, Padova, 2001, p. 60.

²⁶ G. Leone, *Sulla riforma del codice di procedura penale – Relazione*, in *Arch. Pen.*, 1947, p. 442.

si pensi, ad esempio, al tema della rinnovazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di incompetenza per materia e per territorio.

In tali ipotesi, i Giudici di legittimità, hanno frequentemente ribadito il principio secondo cui il Pubblico Ministero presso il giudice competente, a seguito della ricezione degli atti dall'Autorità giudiziaria dichiaratasi incompetente per materia e per territorio, non è tenuto a rinnovare l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, prima del (nuovo) esercizio dell'azione penale, rilevando che il principio vale sia nel caso in cui sia lo stesso Pubblico Ministero presso il Giudice incompetente a trasmettere gli atti al magistrato del Pubblico Ministero presso il Giudice competente, sia nel caso in cui a tale trasmissione proceda il Giudice che abbia declinato la propria competenza.²⁷

In altri termini, si è sostenuto che la funzione cognitiva svolta dall'avviso *de quo* “è stata assicurata, in quanto gli atti erano già stati posti a disposizione dell'imputato” nel procedimento svolto innanzi al Giudice incompetente.

Di conseguenza, la rinnovazione dell'avviso risulta necessaria soltanto se il Pubblico Ministero, ricevuti gli atti, ha svolto ulteriori indagini. Soltanto in quest'ultima ipotesi, la rinnovazione ex art. 415 bis c.p.p. trova un fondamento applicativo. Contrariamente, qualora il compendio probatorio rimanga inalterato, la rinnovazione concretizzerebbe un'eterogenesi dei fini dell'istituto e, dunque, in mancanza di *nova*, rappresenterebbe un inutile spreco dei tempi processuali, con esiti incerti su un eventuale provvedimento di archiviazione.²⁸

Tuttavia, la *querelle* solleva alcuni dubbi, sotto il profilo di legittimità costituzionale, in tema di garanzie procedurali sul diritto di difesa, poiché i provvedimenti inerenti alla competenza e la contestuale regressione del procedimento in una fase antecedente, non

²⁷ Cfr. Cass. pen. sez. III, ud. 8.04.2010 – dep. 03.06.2010, n. 20765 Cass. pen., sez. fer. ud. 06.08.2019 – dep. 5.11.2019, n. 44878; Cass. pen., sez. II, ud. 01.03.2019, n. 16079; Cass. pen. sez. V, ud. 05.11.2018, n. 10288, in tema di incompetenza per materia; Cass. pen., sez. V, ud. 15.12.2014 – dep. 18.02.2015, n. 7292; Cass. pen., sez. II, ud. 17.12.2010 – dep. 29.04.2011, n.16599; Cass. pen., sez. II ud. 17.02.2011, n. 9849; Cass. pen., sez. III, ud. 8.04.2010 – dep. 03.06.2010, n. 20765, in tema di annullamento con rinvio al Procuratore presso il Giudice competente; Cass. pen., sez. VI, ud. 21.10.2008 – dep. 11.11.2008, n. 42037 in tema di regressione a seguito di annullamento della sentenza del Giudice di pace per incompetenza per materia; Cass. pen., sez. III, ud. 21.01.2004 – dep. 23.03.2004, n.13954 tutte in *cassweb.it*.

²⁸ Più recentemente, le sezioni semplici sono tornate a ribadire la tesi secondo cui il Pubblico Ministero, investito del procedimento ex art. 23, non è vincolato al principio dell'irretrattabilità dell'azione penale cfr- Cass. pen., sez. II, ud. 06.07.2017- dep. 21.07.2017, n. 36186 in *cass.web.it*; tale tesi è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza di merito, *ex multis* GUP Como 07.06.2011 in Foro Ambrosiano 2011,2,165; Trib. Milano, sez. II, 12.07.2007 in Foro Ambrosiano 2007, pag. 349; GUP Como 31.10.2001 in Foro Ambrosiano 2002, 210.

possono far ricadere le loro conseguenze sacrificando i tempi del diritto di difesa. In tal senso, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 23 c.p.p., nella parte in cui prevede che il giudice del dibattimento, quando dichiara la propria incompetenza per territorio, ordini la trasmissione degli atti al giudice ritenuto competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo, evidenziò come dall'originario errore di competenza “non possano derivare limitazioni di sorta al diritto di difesa”²⁹.

Dunque, il metodo esegetico della Corte costituzionale imporrebbe di sostenere che la trasmissione degli atti al magistrato del Pubblico ministero apra una nuova fase procedimentale che “non consente di ritenere più in vita il precedente esercizio dell'azione penale” poiché il magistrato del pubblico Ministero presso il Giudice competente potrà determinarsi con una richiesta di archiviazione e, in tal senso, non ha alcun significato porre dei limiti alla rinnovazione dell'art. 415 bis c.p.p. poiché la sua funzione è proprio quella di “orientare l'indagine verso la richiesta di archiviazione”³⁰. Queste, sono le condizioni irriducibili che riflettono le finalità dell'istituto dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari: il paradigma delle garanzie enunciate dalla Costituzione, la realizzazione di condizioni e tempo necessari per l'organizzazione della propria difesa, Insomma, la concreta attuazione dei principi ispiratori della riforma costituzionale che ha inteso implementare i diritti processuali dell'indagato e che, uniti alla nuova regola di giudizio

²⁹ Cfr. Corte cost. 15.03.1996 n. 70 in *Giurcost.it*, ove si sottolinea che la necessità di sterilizzare le conseguenze dell'errore del Pubblico Ministero già emergeva, sebbene con risultati non del tutto esaurienti, nella sentenza della Corte cost. 11.03.1993 n. 76, in *Giurcost.it*, con la quale si dichiarava illegittimo l'art. 23, nella parte in cui prevedeva che il Giudice del dibattimento, nel dichiarare la propria incompetenza per territorio, ordinasse la trasmissione degli atti al Giudice ritenuto competente, anziché al Pubblico Ministero presso quest'ultimo.

³⁰ Così E. Amodio, *Lineamenti della riforma*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000, riportato sub art. 415-bis, in A. Giarda e G. Spangher, *Commentario Codice procedura penale*, Padova, 2023. In tal senso in giurisprudenza Cass. pen., sez. V, n. 38693, cit. che coerentemente esclude la necessità di avviso ex art. 415 bis c.p.p. in caso di imputazione coatta. Si veda del pari Corte cost. 24.10.2012 n. 286. Cfr. A. Ponti, *Sul potere d'azione del Pubblico Ministero*, in *Foro Ambrosiano*, cit., Cass. pen., sez. III, ud. 21.01.2004 – dep. 23.03.2004, n.13954. L'opzione ricostruttiva qui privilegiata ha peraltro trovato riscontro in talune pronunce di merito, le quali hanno considerato come «anche in ipotesi di regressione alla fase delle indagini preliminari a seguito di formale declaratoria di incompetenza», ricorrono tutte le condizioni di applicabilità dell'istituto di cui all'art. 415 bis c.p.p., tra cui la «sussistenza di un potere di scelta da parte del p.m. tra richiesta di archiviazione ovvero di rinvio a giudizio», di talchè «risulta imposto al p.m. l'obbligo dell'invio dell'avviso di conclusione delle indagini» «Né può ipotizzarsi – ad avviso dei giudici territoriali – che l'eventuale esercizio delle facoltà di legge davanti al primo p.m. possa aver in qualche modo ‘consumato’ il diritto della parte nella nuova ed autonoma fase di indagine che si apre a seguito di declaratoria di incompetenza», Trib. Milano, sez. II, 12.07.2007 in *Foro Ambrosiano* 2007, pag. 349, *Ibidem*. Tra le pronunce dei Giudici territoriali si segnalano Tribunale monocratico di Firenze del 19.07.2016 (inedita); GUP Milano 23.01.2003 in *Foro Ambrosiano*, 2003, 334. A tale orientamento aderisce anche Tribunale collegiale di Udine 13.03.2006 in www.avvocati.ud.it.

introdotta dalla Riforma Cartabia sulla ragionevole previsione di condanna, informa il principio di obbligatorietà dell'azione penale di nuovi significati, poiché impone una reale completezza nella fase di indagine.

Solo così, cambia la fisionomia del difensore in un ruolo dinamico del divenire processuale in una logica di contrapposizione dialettica con il pubblico ministero³¹.

Si è detto: “nella logica dell'attuale processo penale, l'obbligo di svolgere accertamenti anche in favore dell'indagato non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'accusa e sui compiti che l'organo dell'accusa è chiamato ad anche attraverso i meccanismi imposti dall'art 415-bis c.p.p.”³².

Sicché, la ricerca della verità si ritrova, “nella consapevolezza che la difesa possa offrire un contributo critico e costruttivo alle indagini, contributo che in fin dei conti, giova anche al pubblico ministero ai fini il corretto esercizio delle sue delicate funzioni”³³.

³¹ M. Nobili, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del p.m.*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1997, p.76; E. Marzaduri, *Sub art. 2 l. 16/7/1997 n. 234*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 758.

³² In tal senso il Sen. Russo in Commissione Giustizia Senato del 23 giugno 1999 ove si afferma che l'istituto sarebbe stato funzionale «[...] a consentire al pubblico ministero di prendere conoscenza della posizione dell'indagato prima di assumere la determinazione di presentare richiesta di rinvio a giudizio potendo, le indagini svolte su richiesta dello stesso indagato, portare ad un'utile integrazione del materiale raccolto durante le indagini preliminari».

³³ F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in AA.VV. *Le recenti modifiche al codice di procedura penale, commento alla legge 16 dicembre 1999, n.479 (c.d. Carotti)*, Vol. I, Milano, 2000, p. 90; G. Spangher, *Sub artt. 17-18, Il processo penale dopo la “legge Carotti”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 186; L. Carli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nella prospettiva del giusto processo*, in *Giust. Pen.*, 2000, p. 682; E. Marzaduri, *Sub art. 2 l. 16/7/1997 n. 234*, op. cit., p. 760. R. Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999, n. 479*, Padova, 2000, p. 113. Con la Riforma Cartabia cambia il criterio per l'archiviazione che va chiesta non quando «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» ex art. 125 disp. att. c.p.p., abrogato ma quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca» (art. 408 comma 1) – il pubblico ministero entro tre mesi (nove mesi per i reati del 407 comma 2) dalla scadenza del termine delle indagini o dei termini del 415-bis c.p.p. (se è stato emesso l'avviso) deve definire il procedimento; se non provvede, alla scadenza dello stesso termine deve depositare gli atti, con avviso alle parti e al PG ed entro un mese (tre mesi per i reati del 407, comma 2) definire il procedimento; – il pubblico ministero, prima della scadenza del termine delle indagini, in alcuni casi tassativamente indicati, può chiedere al PG il differimento dell'avviso ex 415-bis, per un massimo di sei mesi (un anno per i reati del 407, comma 2); – il pubblico ministero, se non ha ancora definito il procedimento, entro la scadenza del termine previsto dal 407-bis, comma 2 può chiedere al PG il differimento del deposito degli atti, negli stessi casi e negli stessi termini previsti per il differimento dell'avviso del 415-bis; – in caso di inerzia del pubblico ministero, sono previsti atti di impulso del PG e del g.i.p. (per quest'ultimo, su iniziativa della parte privata).

Restano invariate le disposizioni in tema di sospensione (per trenta giorni) dei termini per il periodo feriale, ovviamente nei limiti consueti previsti dalla legge n.742/1969.

Abstract: La dicotomia tra esercizio dell'azione penale e diritto di difesa informa su quei difficili equilibri tra interesse pubblico e meta-valori del processo penale. Nei percorsi di Riforma r(esiste) l'equivoco della funzione del processo penale, da un lato, contraddistinto da un indispensabile interesse cognitivo, dall'altro subordinato alla regola, probatoria e di giudizio, di non considerazione di colpevolezza. Viceversa, un nuovo archetipo processuale propenderebbe su un serio monitoraggio nelle relazioni tra autorità e libertà, tra Stato e cittadino rivalutando, teoricamente, la funzione difensiva quale strumento di tutela giurisdizionale, nel contraddittorio per la prova e sulla prova.

Abstract: The dichotomy between prosecution and the right of defence informs about the difficult balance between the public interest and the meta-values of the criminal process. In the paths of Reform r(exists) the misunderstanding of the function of the criminal process, on the one hand, characterized by an indispensable cognitive interest, on the other subordinated to the rule, evidentiary and judgment, of non-consideration of guilt. Conversely, a new procedural archetype would lean towards a serious monitoring in the relations between authority and freedom, between State and citizen, theoretically re-evaluating the defensive function as an instrument of judicial protection, in the adversarial for evidence and on evaluation.

Parole chiave: processo penale – garanzie procedurali – efficienza – verità – indagini – difesa.

Key words: criminal process – procedural safeguards – efficiency – truth – investigations – defence.

LA PROGRESSIVA EVOLUZIONE DELLA PROCEDURA DI RILASCIO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME IN UNA DIMENSIONE EUROUNITARIA TRA ACCELERAZIONI GIURISPRUDENZIALI E RALLENTAMENTI NORMATIVI*.

di Maria Teresa Stile**

527

Sommario. 1. Premessa. – 2. L’arresto giurisprudenziale del TAR Puglia Lecce. – 3. La sentenza della Corte di giustizia UE C-348/22 del 30 marzo 2023 e i criteri di valutazione della scarsità delle risorse. – 4. L’atteso intervento normativo. – 5. I decreti delegati e le ulteriori proroghe: i rilievi del Presidente della Repubblica e l’intervento del Consiglio di Stato. 6. Lo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo tra errori metodologici e profili discrezionali. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative, dopo un lungo arco temporale di staticità, è stata oggetto, nell’ultimo periodo, di una repentina modificazione che ha consentito la transizione dai principi previsti dalle risalenti norme del codice della navigazione, di cui al Regio Decreto n. 327 del 30 marzo 1942, ai principi di derivazione europea della concorrenza e della libera circolazione.

Il diritto di insistenza¹, anche se formalmente abrogato in ambito nazionale, con il decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in legge 26 febbraio 2010, n. 25, a seguito della

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto pubblico – Università Telematica Pegaso.

¹ Sulla natura del diritto di insistenza, v. G. Pescatore, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, in *Foro it.*, 1941, vol. III, p. 883; E. Santoro, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 7-8/2005, p. 2388.

² Cfr. M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, n. 3/2021, p. 331 ss.; E. Lamarque, *Le due sentenze dell’adunanza plenaria...le gemelle di Shining?*, in *Diritto e Società*, n. 3/2021, p. 473 ss.; G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e Società*, n. 3/2021, p. 385 ss.; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021; R. Caranta, *Concessioni demaniali – Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giur. It.*, 2022, p. 1204 ss.; R. Mastroianni, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, n. 1/2022, p. 105 ss.

lettera di costituzione in mora della Commissione europea, rappresenta un privilegio stratificatosi nell'ordinamento giuridico, la cui eradicazione si è mostrata particolarmente complessa.

Infatti, pur a fronte dell'assunzione da parte dello Stato italiano di un impegno chiaro con la Commissione europea, gli interventi legislativi, che si sono susseguiti nel tempo, da un lato hanno cercato surrettiziamente di reintrodurlo, dall'altro, non potendo disporre diversamente, hanno cercato di procrastinare, il più possibile, il riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea ed attraverso una serie reiterata di proroghe delle concessioni demaniali marittime in essere, hanno lasciato, di fatto, il privilegio ancora in vigore.

Attesa l'inerzia del legislatore e la non più rinviabile regolamentazione della materia e la già avvenuta esposizione dello Stato italiano a sconvenienti rilievi da parte della Commissione europea², il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con le ormai note sentenze nn. 17 e 18, aveva statuito non solo la disapplicazione, in funzione nomofilattica³, della normativa prevedente le proroghe delle concessioni demaniali marittime in essere, ma anche l'adozione di una soluzione, volta a stabilire *praeter legem* la scadenza delle concessioni demaniali alla data del 31 dicembre 2023⁴.

Invero, se da un lato la lettura della direttiva *Bolkestein*, offerta dal Consiglio di Stato, non è stata condivisa dalla giurisprudenza minoritaria, che ha invece, ritenuto, tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 267 TFUE, richiedere ancora una volta l'intervento della Corte di giustizia, dall'altro, l'interpretazione già fornita dal Consiglio di Stato, è stata certamente in grado di accelerare il riordino della materia da parte del legislatore.

² Sul punto di recente, la Commissione europea si è, altresì, pronunciata con il parere motivato del 16 novembre 2023, indirizzato alla Repubblica Italiana, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in merito al quadro normativo che disciplina le autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali per attività turistiche e ricreative.

³ Cfr. M.T. Stile, *L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime tra diritto dell'unione e normativa nazionale* de iure condendo, in *Nomos*, n. 1/2022.

⁴ Di recente si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, con sentenza n. 32599 del 23 novembre 2023, ha accolto il ricorso del SIB avverso la sentenza n. 18/2021 dell'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per eccesso di giurisdizione. In particolare, la Suprema Corte, in accoglimento dei ricorsi di SIB, ASSONAT e Regione Abruzzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Consiglio di Stato, al fine di ammettere in giudizio i ricorrenti, pretermessi nel giudizio amministrativo, che, secondo la Suprema Corte, avevano, invece, diritto ad intervenire nel giudizio, in quanto portatori di interessi economici e territoriali.

Tuttavia, l'utilizzo della delega al Governo per l'emanazione dei decreti di dettaglio ha comportato una serie di ulteriori e diverse proroghe e meccanismi di slittamento del definitivo assetto della materia, in contrasto, comunque, sia con quanto aveva statuito il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, sia con il carattere *self-executing* della direttiva. Il metodo assunto nel lavoro, si presenta quale metodo essenzialmente analitico di natura logico-interpretativa, che, partendo dai recenti arresti giurisprudenziali, analizza la sentenza della Corte di giustizia UE C-348/22 del 30 marzo 2023 e l'evoluzione normativa con la prevista individuazione di una regola necessaria come raccordo tra la precedente normativa da superare e la futura legislazione di dettaglio ancora tutta da scrivere.

2. L'arresto giurisprudenziale del TAR Puglia Lecce.

Con la delibera della Giunta Municipale n. 225/2020, rettificata e precisata con successiva delibera G.M. n. 19/2021, il Comune di Ginosa, prendeva atto del dettato normativo di cui all'art. 1 commi 682, 683 e 684 della legge nazionale n. 145/2018 e dell'art. 82, decreto-legge n. 34/2020, convertito con modificazioni con legge n. 77/2020, ed adottava un atto di indirizzo volto all'attuazione delle disposizioni della legge n. 145/2018 e della legge n. 77/2020 sopra indicate, nonché una preliminare comunicazione con finalità ricognitive da inviare a tutti i titolari di concessioni demaniali marittime sul territorio di competenza⁵.

L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM), ritenendo che la predetta delibera G.M. integrasse la violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE⁶, notificava parere

⁵ A. Lucarelli e L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 3/2018, p. 1256 ss.; v., inoltre, E. Furno, *Le concessioni demaniali marittime tra libera concorrenza, tutela dell'affidamento e certezza del diritto*, in (a cura di) A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, vol. II, (a cura di), Napoli ESI, 2023, p. 15 ss.

⁶ Cfr. Art. 49 del TFUE «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali» e art. 56 TFUE secondo cui: «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'unione».

motivato, *ex art. 21-bis*, legge n. 287/1990, evidenziando l'esigenza di previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica al fine di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento, anche in ambito transfrontaliero⁷, significando in particolare che, la normativa nazionale, di proroga delle concessioni di cui trattasi, risulterebbe in contrasto con la direttiva 2006/123/CE, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali che amministrativi⁸.

In data 5 marzo 2021 il Comune di Ginosa formulava le proprie controdeduzioni al parere dell'AGCM evidenziando la piena legittimità del proprio operato, rappresentando, in particolare, che la Direttiva Servizi non avrebbe natura auto-esecutiva con conseguente impossibilità di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente, richiamando espressamente in proposito la giurisprudenza del TAR Puglia.

Orbene, atteso che il Comune di Ginosa non aveva seguito l'invito della AGCM, volto alla disapplicazione della normativa nazionale, l'Autorità adiva il TAR Puglia Lecce chiedendo l'annullamento della delibera e di tutte le indicazioni o attestazioni di proroga apposte in calce ai titoli concessori *medio tempore* intervenuti.

In particolare la difesa della Authority, con un articolato motivo di ricorso, dopo aver premesso alcune considerazioni in ordine alla propria legittimazione a ricorrere, a supporto della domanda di annullamento, deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva *Bolkestein*⁹, la violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nel mercato interno e dell'art. 49 TFUE, nonché l'eccesso di potere e difetto di istruttoria.

⁷ V. R. Biagini, *La gestione del demanio costiero in Europa*, in *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 147 ss.

⁸ Sulla responsabilità dello Stato *tout court*, si rinvia a M.T. Stile, *La responsabilità dello Stato-Giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GUUE n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss., recepita dall'art. 16, c.4, del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, rubricato Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, in GU, n. 94 del 23 aprile 2010. In dottrina, cfr. C. Pozzi e P. Bellandi, *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo*, in DCSI, n. 2/2020, p. 371 ss.; cfr. F. Capelli, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie, impatto della direttiva Ce n. 2006/123*, in *Materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 121 ss.; G. Di Plinio, *Il mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi.it*, n. 4 marzo 2020, secondo il quale: "a distanza di una decina di anni dall'emanazione, lo stesso Frits Bolkestein punta il dito contro le manipolazioni e l'interpretazione esageratamente estensiva e bizantinamente burocratica della sua creatura, citando espressamente il settore delle concessioni balneari, alle quali non pensava minimamente quando la scriveva, trattandosi, afferma oggi, di concessioni di beni pubblici e non di servizi, comunque non rilevanti nel contesto di nucleo del mercato interno".

Il TAR Puglia Lecce, con ordinanza n. 1811 del 13 dicembre 2021, considerato che dopo l'udienza di trattazione erano state pubblicate le sentenze del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021, riteneva necessario effettuare un rinvio al fine di consentire il pieno contraddittorio tra le parti in relazione agli effetti derivanti sulla vicenda dalle sopravvenute sentenze.

Il medesimo TAR, dopo il deposito delle memorie difensive, con l'ordinanza n. 743 dell'11 maggio 2022, sospendeva il giudizio sul ricorso e provvedeva alla trasmissione degli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea in sede di rinvio pregiudiziale¹⁰, ai sensi e per gli effetti dell'art. 276 TFUE, per decidere su 9 articolati quesiti¹¹.

¹⁰ In argomento v. F. Ferraro, *La storia senza fine della disciplina delle concessioni demaniali marittime e della sua compatibilità con il diritto dell'unione*, in *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 31 ss.

¹¹ Il TAR Puglia Lecce - Sezione Prima con l'ordinanza n.743 dell'11 maggio 2022, sospesa e riservata ogni altra decisione in rito, provvedeva alla trasmissione degli atti alla Corte di giustizia dell'unione europea in sede di rinvio pregiudiziale per decidere sui seguenti quesiti relativi – il n. 1 – alla validità o meno della Direttiva 2006/123 e – i restanti dal n. 1 al n. 9 – all'interpretazione del diritto eurounitario: 1) Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza, invece che all'unanimità, in violazione dell'art 115 T.F.U.E.

2) Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile;

3) *qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing*, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione);

4) Se l'*efficacia diretta* dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura *self-executing* o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame («si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva...» ex sentenza c.d. *Promoimpresa*), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto;

5) Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;

6) *qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing*, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo «nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo», se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein;

7) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito *tout court* all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa,

Sul punto, va rilevato che il Collegio della Sez. 1^a del TAR Lecce legge¹² diversamente la direttiva *Bolkestein*¹³, non condividendo le due sentenze del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021 nn. 17 e 18, con le quali il supremo organo della giustizia amministrativa aveva riconosciuto il carattere *self-executing* dell'art. 12 della direttiva, secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia UE con la sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa* (C-458/2014 I C-67/15, Eu C: 206:558)¹⁴.

Inoltre, il medesimo Collegio riteneva che il differimento degli effetti di tali due sentenze, stabilito dal Consiglio di Stato, non fosse coerente con il riconoscimento di un'efficacia diretta della direttiva 2006/123, infatti, a dire del Collegio, nonostante la soluzione fosse stata adottata al fine di consentire al legislatore italiano di adottare una normativa nazionale di concreta attuazione di tale direttiva, il disposto differimento della scadenza delle concessioni avrebbe comportato un'ulteriore proroga automatica e generalizzata del termine di scadenza dei titoli in essere dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2023.

stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

8) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito *tout court* all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 *self-executing*, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione «tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso») e se tale conseguenza della ritenuta natura *self-executing* o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'ordinamento dell'U.E. E nella Carta dei Diritti Fondamentali.

¹² C. Benetazzo *Primazia del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018; M. Magri, *I rapporti tra «direttiva servizi» e concessioni demaniali marittime*, in <https://deje.ua.es/va/derecho-administrativo>.

¹³ Sul punto va evidenziato che, parte della dottrina, contraria all'applicazione in via diretta della direttiva, utilizza a sostegno della enunciata tesi le parole del Commissario Frits Bolkestein che nel convegno "l'euro l'Europa e la *Bolkestein* spiegati da Mr. Bolkestein", Roma 18 aprile 2018, aveva affermato che al momento della presentazione della direttiva non aveva affatto pensato di doverla applicare alle concessioni balneari marittime. Anche se la dichiarazione del Commissario non ha alcun valore giudico ha certamente avvalorato la tesi che non ricomprende nel campo di applicazione della direttiva le concessioni marittime per finalità ricreativo turistiche.

¹⁴ Corte giust. Sent. 14 luglio 2016, cause riunite, C- 458/14 e C- 67/15, *Promoimpresa*, EU:C:2016:558. In dottrina, v. L.S. Rossi, *Spagge: vietate le proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati*, in *Guida al dir.*, 2016, p. 14 ss.; per un inquadramento sistematico-ricognitivo ancor prima della sentenza *Promoimpresa*, v. G. Gruner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'unione europea*, in *Foro amm.* – C.d.S., 3, 2010, p. 678; sent. TAR Campania, sez. VII, 14 febbraio 2017, n. 911.

Infine, il Collegio del rinvio non condivideva la scelta del Consiglio di Stato, di qualificare la direttiva 2006/123 come direttiva di liberalizzazione e non già di armonizzazione e riteneva quindi che, conformemente all'articolo 115 TFUE, tale direttiva avrebbe dovuto essere adottata all'unanimità e non già a maggioranza dei voti del Consiglio¹⁵.

3. La sentenza della Corte di giustizia UE C-348/22 del 30 marzo 2023 e i criteri di valutazione della scarsità delle risorse.

La sentenza della Corte di giustizia UE C-348/22 del 30 marzo 2023 chiarisce¹⁶ l'applicabilità della direttiva *Bolkestein* alle concessioni demaniali, rispetto alla posizione del TAR Puglia Lecce che, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, l'aveva messa in dubbio, ritenendo che le concessioni ne fossero escluse non presentando un «interesse transfrontaliero certo» e tale per cui ci sia una rilevanza economica che superi i confini nazionali.

Ebbene, la Corte UE ha smentito questa tesi affermando che «l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, di detta direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo».

La Corte di giustizia, inoltre, nei punti 43-49 interviene sul tema della cosiddetta «scarsità della risorsa naturale», un altro parametro previsto dalla *Bolkestein* tra le possibili cause di esclusione e rispetto al quale il TAR Lecce aveva chiesto su quale base dovesse essere calcolato: nazionale, regionale o comunale.

¹⁶ In particolare la sentenza ai punti 39-41 nel pronunciarsi in merito alla sesta questione ha precisato che: «Con la sua sesta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 debba essere interpretato nel senso che esso si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo. A tal proposito la Corte ha già avuto modo di dichiarare più volte, in base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della direttiva 2006/123, che le disposizioni del capo III di quest'ultima, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, le quali includono l'articolo 12 di tale direttiva devono essere interpretate nel senso che esse si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. (v. In tal senso, sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56. Ne consegue che l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, di detta direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo».

L'art. 12 della stessa direttiva stabilisce che: «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

Il presupposto per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva è che il numero delle concessioni demaniali, che l'ente concedente possa rilasciare, sia «limitato» in ragione della scarsità della risorsa naturale, ovvero parametrato alla dimensione effettiva dell'area e alla utilizzabilità della stessa.

La direttiva, tuttavia, non chiarisce come valutare la scarsità della risorsa naturale, fornendo dei criteri generali ed astratti che necessitano comunque di un'articolazione specifica posta in essere a seguito di una valutazione circostanziata dell'area demaniale da rilasciare in concessione.

Secondo la Corte il diritto dell'Unione non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero a livello locale.

La risposta al quesito pregiudiziale del giudice europeo, infatti, ha lasciato ampi margini di discrezionalità agli Stati membri nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali: «Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci».

Nello specifico, la Corte ha chiarito come la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio *caso per caso* basato su un'analisi del territorio costiero del comune di riferimento, risulti equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando nello stesso tempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un Comune. In ogni caso, è necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali

utilizzabili si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati.

Inoltre la medesima Corte lussemburghese, ai punti 60-74, ribadisce quanto già espresso nella sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016, ovvero che «un'autorizzazione, quale una concessione di occupazione del demanio marittimo, va rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico», sottolineando come, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, gli Stati membri debbano applicare una procedura di selezione tra i candidati, concessionari potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento nel rispetto dei criteri del *favor participationis* dei candidati. Tale disposizione ha effetto diretto in quanto vieta, in termini inequivocabili, agli Stati membri, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni.

Inoltre, la Corte ha precisato che: «La circostanza che tale obbligo e tale divieto si applichino solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, le quali devono essere determinate in relazione a una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale, non può rimettere in discussione l'effetto diretto connesso a tale articolo 12, paragrafi 1 e 2».

Dalla lettura della sentenza della Corte di giustizia e dai principi dalla stessa enucleati, appare evidente come le sentenze del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, nn. 17 e 18, abbiano anticipato la corretta esegesi della Direttiva *Bolkestein* offerta dalla Corte con la sentenza in commento.

L'adozione della sentenza ed i chiarimenti in essa contenuti, dovrebbe porre fine alla disputa nazionale, in ordine alla interpretazione ed all'applicazione della direttiva *Bolkestein*, evitando ulteriori proroghe, ovvero conteziosi di natura amministrativa, nonché rinvii pregiudiziali, che potrebbero apparire ormai pretestuosi, ed accelerando la riforma ed il riordino della materia del rilascio delle concessioni demaniali marittime, nel solco tracciato dal Consiglio di Stato e dalla stessa Corte di giustizia UE.

4. L'atteso intervento normativo.

536

Va osservato, che, con le due pronunce di novembre 2021, il Consiglio di Stato, consapevole della situazione di incertezza che sarebbe derivata da un'immediata disapplicazione della legge nazionale e dalla conseguente improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione, individuando, come limite alla validità delle concessioni in atto, la data del 31 dicembre 2023.

Appare evidente come il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa abbia deciso di fissare, *praeter legem*, un termine, ovvero quello del 31 dicembre 2023, entro il quale procedere all'allineamento giuridico di tutte le concessioni in essere, al dichiarato fine di evitare il significativo impatto socio-economico che sarebbe derivato dalla decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere.

Pertanto, la decisione di individuare una scadenza comune a tutte le concessioni veniva effettuata, dall'Adunanza Plenaria¹⁷, tenendo conto dei tempi tecnici necessari alle amministrazioni per poter predisporre le procedure di gara richieste e, altresì, «nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea».

Sul punto, non può non rilevarsi che, in pendenza della procedura pregiudiziale, la legge 30 dicembre 2018, n. 145, che aveva disposto, al suo art. 1, commi da 675 a 683, la contestata proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo al 31 dicembre 2033, veniva abrogata e sostituita *ex lege* 5 agosto 2022, n. 118¹⁸, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*.

In particolare, detta legge, al capo secondo, avente ad oggetto la «rimozione di barriere all'entrata nei mercati. Regimi concessori», all'art. 3, co. 1¹⁹, ha stabilito il termine finale di durata delle concessioni in essere alla data del 31 dicembre 2023.

Va, altresì, rilevato che il medesimo articolo 3 prevede, al comma 3, una clausola aperta,

¹⁷ In argomento, B. De Maria, *L'incertezza sulla regolamentazione dei rapporti di concessione dei beni del demanio costiero tra vuoto legislativo e conflitti giurisprudenziali*, in *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 49 ss.

¹⁸ In G.U. n. 188 del 12.08.2022.

¹⁹ Art. 3, c. 1, l. n. 118/2022, *Disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive*.

secondo cui – in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva, volta all'individuazione del concessionario, entro il 31 dicembre 2023, connesse alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa – l'Autorità competente possa, con atto motivato, differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per un arco temporale necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024.

Il comma 4 del medesimo art. 3 prevede, inoltre, che il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmetta alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando, in particolare, l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro deve trasmettere, altresì, alle Camere, entro il 31 dicembre 2024 – termine poi prorogato, come si dirà *infra*, al 31 dicembre 2025 – una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale.

Inoltre, l'individuato termine ultimo, procrastinato di un anno rispetto a quello stabilito dal Consiglio di Stato nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021, rende legittima *ex lege* l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente anche in relazione alla circostanza per la quale, il superamento del termine precedentemente stabilito e rideterminato con la norma, di cui all'art. 3, co. 3, legge n. 118/2022, impedisce di qualificare l'occupazione di suolo pubblico, come abusiva ai sensi dell'art. 1161 cod. nav.²⁰

Orbene, la legge, che individua il termine di scadenza delle concessioni demaniali al 31 dicembre 2024, si qualifica come legge-provvedimento²¹, poiché essa provvede

²⁰ Cfr. Codice della navigazione, approvato con R.D. 30 marzo 1942, n. 327, Parte aggiornata alla legge 29 novembre 2007, n. 222, Capo I Delle contravvenzioni concernenti le disposizioni sui beni pubblici destinati alla navigazione art. 1161 - Abusiva occupazione di spazio demaniale e inosservanza di limiti alla proprietà privata, ai sensi del quale: Chiunque arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna, ne impedisce l'uso pubblico o vi fa innovazioni non autorizzate, ovvero non osserva i vincoli cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo od agli aeroporti, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516,00, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato. Se l'occupazione di cui al primo comma è effettuata con un veicolo, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 103,00 a euro 619,00; in tal caso si può procedere alla immediata rimozione forzata del veicolo in deroga alla procedura di cui all'articolo 54.

²¹ Cfr. Sulla qualificazione della legge n. 118/2022 come legge-provvedimento, il Tar Liguria – Genova, sez. I, con la sent. n. 63/2023, nel pronunciarsi in merito ad un ricorso presentato dall'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro il Comune di Portovenere, nonché i concessionari demaniali delle aree litoranee del Comune medesimo, avverso i provvedimenti dell'estensione, della durata e della validità delle concessioni demaniali marittime, fino al 2033, come disposto dalla legge n. 145/2028, nel prendere atto dell'intervenuta sopravvenienza normativa, di cui alla l. n. 118/2022, precisava che: «l'Amministrazione,

direttamente a determinare la scadenza di tutte le concessioni demaniali in essere al momento della sua entrata in vigore, regolando casi e rapporti determinati ed introducendo una disciplina concreta che si sostituisce, sotto il profilo della fonte e degli effetti, a quella prevista dal provvedimento amministrativo costituito dalla concessione demaniale prorogata nel corso del tempo.

La sopravvenienza di tale legge-provvedimento, ovvero un atto formalmente legislativo ma sostanzialmente provvedimentale, con la prevista clausola generale, di cui all'art. 3, co. 3, legge n. 118/2022, ha cercato di risolvere il problema della scadenza concomitante di tutte le concessioni demaniali in essere ed ha recepito, in modo più elastico e dinamico, la soluzione *temporale* elaborata dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria, evitando il significativo impatto socio-economico, che sarebbe derivato dalla decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali nell'individuata data del 31 dicembre 2023. Va evidenziato che la normativa, da ultimo adottata, ha il dichiarato scopo di "promuovere lo sviluppo della concorrenza, rimuovere gli ostacoli regolatori di carattere normativo o amministrativo all'apertura dei mercati, e di garantire la tutela dei consumatori", prevedendo specifiche disposizioni in merito al regime giuridico delle concessioni, dei beni demaniali, dettando norme innovative in materia di mappatura²² e trasparenza dei regimi concessori dei beni pubblici.

All'art. 4 la legge prevede una delega al Governo in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime lacuali e fluviali, per finalità turistico – ricreative e sportive, al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio e favorirne la pubblica fruizione, promuovendo, alla stregua della direttiva, un maggior dinamismo concorrenziale nel settore, nel rispetto delle politiche di protezione dell'ambiente e del

infatti, sarà tenuta a conformarsi al nuovo dettato legislativo. La legge n. 118/2022 deve qualificarsi come legge-provvedimento, di talché, pur rappresentando il precipitato di un procedimento legislativo ordinario, partecipa della natura di atto amministrativo, in quanto non disciplina in via astratta e generale lo statuto di tutte le future concessioni ma dispone, in concreto, su casi e rapporti, ancorché numerosi, specifici e determinati (o comunque facilmente determinabili), dunque, provvede direttamente ed immediatamente per tutte le concessioni in essere al momento della sua entrata in vigore».

²² Da ultimo, va evidenziato che, con il decreto *Per la mappatura e la trasparenza dei beni pubblici* del 18 luglio 2023, il Governo al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi alle concessioni di beni pubblici, ha disposto la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni, denominato SICONBEP, per garantire il coordinamento e l'interoperabilità con gli altri sistemi informativi esistenti in materia. La rilevazione comprende tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile di cui agli articoli 822 e seguenti del Codice Civile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni.

patrimonio culturale.

Il Governo, pertanto, è chiamato ad adottare, entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi²³, volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla legge, conformemente alla direttiva n. 123/2006.

Sono previsti dei criteri omogenei per l'individuazione delle aree da destinare alle concessioni, assicurando un adeguato equilibrio tra le aree affidate e le aree libere, garantendo la costante presenza – anche nelle aree date in concessione – di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione²⁴.

La legge prevede l'affidamento delle concessioni demaniali sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e pubblicità, considerando adeguatamente gli investimenti, il valore aziendale ed i beni materiali ed immateriali, la professionalità acquisita, nonché la valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e sicurezza dei lavoratori, oltre che della già ricordata protezione ambientale e salvaguardia del patrimonio culturale.

Il citato art. 4 della legge prevede, inoltre, che i decreti legislativi siano adottati sulla base di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, regolata in base ad una serie di criteri volti all'individuazione di requisiti di ammissione in grado di garantire la partecipazione alle procedure, anche di imprese di piccole dimensioni, ovvero imprese in possesso della certificazione della parità di genere, di cui all'art. 46 *bis* del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna²⁵.

Inoltre, la norma prevede che siano tenute in adeguata considerazione, in sede di gara, ai fini della scelta del concessionario, offerte volte a valorizzare, in modo specifico, programmi di interventi idonei a migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale

²³ Ai sensi dell'art. 4, co. 1, legge n. 118/2022, i decreti legislativi sono adottati su proposta del Ministro delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Ministro del Turismo, di concerto con il Ministro della Transizione ecologica, il Ministro dell'economia e delle Finanze, il Ministro dello Sviluppo Economico ed il Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, previa intesa in sede di conferenza unificata, di cui all'art. 8 d.lgs. n. 28 agosto 1997, n. 281.

²⁴ In argomento, cfr. M.T. Stile, *I criteri di selezione del concessionario tra sostenibilità sociale ed ambientale*, in *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 109 ss.

²⁵ D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

da parte di soggetti con disabilità.

Va, ancora, rilevato che la norma, ai fini della scelta del concessionario, anche sulla spinta delle istanze e delle esigenze degli operatori del settore, prevede che, in sede di gara, siano dati valorizzazione ed adeguata considerazione all'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori.

La medesima norma valorizza, altresì, la posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, abbiano utilizzato una concessione demaniale quale prevalente fonte di reddito, per sé e per il proprio nucleo familiare, «nei limiti definiti anche tenendo conto della titolarità, alla data di avvio della procedura selettiva, in via diretta o indiretta, di altra concessione o di altre attività di impresa o di tipo professionale del settore»²⁶.

E' interessante notare come, il lungo percorso normativo e giurisprudenziale, che ha visto l'abrogazione del «diritto di insistenza», previsto dall'art. 37 del cod. nav., in attuazione della direttiva *Bolkestein*, abbia condotto, sotto la spinta dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla emanazione delle legge delega, i cui criteri, da ultimo richiamati, prevedono la valutazione dell'esperienza tecnica e professionale già acquisita, riletta, tuttavia, in chiave eurounitaria ed inserita tra i principi della scelta del contrante con la procedura ad evidenza pubblica.

Tra i criteri previsti è, altresì, indicata la necessità che le procedure di gara per il rilascio delle concessioni demaniali prevedano delle clausole sociali, volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del concessionario uscente, nel rispetto dei principi UE, nel quadro della promozione e garanzia degli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione.

Occorre ancora rilevare che la legge delega non opera una predeterminazione della durata delle concessioni demaniali, stabilendo, piuttosto, che il periodo di validità delle stesse non deve essere superiore a quanto effettivamente necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente all'atto del rilascio della concessione stessa.

Infine, la legge delega al Governo la definizione di «criteri uniformi» per la quantificazione

²⁶ Art. 4, co. 2, lett. e), 5.2, legge n. 118/2022.

dei canoni annui, il cui importo deve essere parametrato all'effettiva redditività delle aree demaniali da affidare in concessione²⁷.

Orbene, da quanto osservato in merito alla citata legge, appare evidente che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²⁸, intervenuta sulla questione pregiudiziale sollevata, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal TAR Puglia - Lecce²⁹, in merito ai rapporti tra normativa interna italiana ed eurounitaria, pur avendo chiarito la lettura della direttiva *Bolkestein*, in linea con l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2021, non incide sulla risoluzione della problematica inerente il rilascio delle concessioni demaniali marittime, attesa l'intervenuta normativa di settore, se non sotto il profilo della richiesta valutazione della scarsità delle risorse.

In conclusione, pur avendo la legge delega dato attuazione ai principi e ai criteri della direttiva n. 123/2006, a tutt'oggi non risulta emanato il decreto legislativo delegato, previsto dall'art. 4, della più volte richiamata legge n. 118/2022, e non risulta ancora prevista una disciplina uniforme per lo svolgimento delle procedure selettive di affidamento delle concessioni demaniali, con l'evidente pericolo di incoerenza sia con il dettato della stessa legge delega, che con quello giudizialmente previsto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

5. I decreti delegati e le ulteriori proroghe: i rilievi del Presidente della Repubblica e l'intervento del Consiglio di Stato.

Va, altresì, rilevato che il decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198³⁰ (*decreto milleproroghe*), convertito in legge n. 24 febbraio 2023, n. 14³¹, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, all'art. 12, co. 6-*sexies*, dispone l'ulteriore proroga di un anno, ovvero fino al 31 dicembre 2024, del termine di scadenza delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo, già uniformemente stabilito alla data del 31 dicembre 2023 dalle citate

²⁷ Sul punto, v. Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 30 dicembre 2022, "Aggiornamenti relativi all'anno 2023 delle misure unitarie dei canoni per le concessioni demaniali marittime", in G.U., n. 31 del 7 febbraio 2023; *infra* par. 7.

²⁸ Corte giust. Sent. 20 aprile 2023, C- 348/22, in www.curia.eu.int.

²⁹ Tar Puglia – Lecce, sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰ In G.U. Serie Generale, n. 303 del 29 dicembre 2022.

³¹ In G.U. Serie Generale, n. 49 del 27 febbraio 2023.

sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nonché dalla L. n. 118/2022³².

Il citato decreto milleproroghe, come convertito in legge n. 14/2023, prevede il termine di scadenza delle concessioni alla data del 31 dicembre 2025 nel caso di ragioni ostative che impediscano la conclusione delle procedure selettive.

Inoltre, la legge di conversione, all'art. 1, co. 8, prevede la proroga dei termini previsti dalla legge n. 118/2022, di ulteriori 5 mesi, rispetto agli iniziali 6 previsti, per l'emanazione dei decreti legislativi relativi alla mappatura dei beni da destinare alle concessioni demaniali. La medesima legge alla lettera *b)* del co. 8 dell'art. 1 citato, precisa, ancora, che fino all'adozione dei decreti legislativi di cui all'art. 4, legge n. 118/2022, in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive, è fatto divieto, agli enti concedenti, di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti regolati dal già citato art. 3, co. 1, lett. *a)* e *b)*, legge n. 118/2022.

Come previsto dall'architettura normativa, i decreti legislativi saranno adottati solo a seguito della conclusione dei lavori del tavolo tecnico consultivo, istituito con l'art. 10 *quater* del decreto milleproroghe convertito.

Il Tavolo tecnico di lavoro³³, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi del co. 2 dell'art. 10-*quater*, ha il compito di acquisire i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere provvedendo a definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale «tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale» e della rilevanza economica transfrontaliera.

Al Tavolo tecnico è demandato, quindi, il compito più importante ovvero quello relativo

³² Cfr. Art. 6-*sexies*, decreto-legge. n. 198/2022, convertito in legge n. 14/2023. All'articolo 3 della legge 5 agosto 2022, n. 118, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, alinea, le parole: «31 dicembre 2023» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2024»; b) al comma 2, le parole: «31 dicembre 2023» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2024»; c) al comma 3, le parole: «31 dicembre 2023» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre 2024».

³³ Cfr. Art. 10 *quater*, decreto-legge. n. 198/2022, convertito in l. n. 14/2023, è composto da rappresentanti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'economia e delle Finanze, del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, del Ministero dell'ambiente e della Sicurezza Energetica e del Ministero del Turismo, nonché da rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, del Ministro per gli Affari regionali e le autonomie e del Ministro per gli affari europei, da un rappresentante delle regioni e da un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

alla valutazione, a seguito dell'acquisizione delle mappature delle concessioni, della scarsità delle risorse naturali e della individuazione delle aree disponibili per l'affidamento in concessione, secondo quanto stabilito dalla direttiva *Bolkestein* così come interpretata, anche da ultimo, dalla Corte di giustizia UE.

Il Tavolo è dunque chiamato a provvedere ad effettuare una precisa valutazione sul criterio da adottare per individuare la scarsità della risorsa, anche combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del Comune in questione³⁴, come previsto dalla direttiva e dalla giurisprudenza.

E' interessante notare come l'attività affidata al Tavolo tecnico sia propedeutica all'emendazione dei decreti delegati all'esecutivo, ma non sia, tuttavia, collegata all'individuazione di un preciso termine di conclusione dei lavori del Tavolo medesimo.

Va, in merito, rilevato che le disposizioni contenute nel c. 3 dell'art. 10-*quater*, prevedono che, ai fini dell'espletamento dei compiti del Tavolo tecnico, il termine del 31 dicembre 2024, previsto ai commi 3 e 4 dell'art. 3, legge n. 118/2022, venga prorogato al 31 dicembre 2025.

Va precisato che i compiti consultivi e di indirizzo del Tavolo non sono meglio precisati dalla legge n. 14/2023, infatti, la citata legge non ha previsto in quale maniera i componenti del Tavolo tecnico debbano procedere all'elaborazione dei dati di cui all'art. 2, legge n.

³⁴ Sul punto la sentenza delle Corte di giustizia Ue prevede che: «46. Infatti, alla luce del suo tenore letterale, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci. 47. In particolare, la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risulta equilibrata e pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi del territorio costiero del Comune. 48. In ogni caso, è necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati. 49. Alla luce delle considerazioni che precedono, corrisponde alla prima parte dell'ottava questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo uno, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità di risorse naturali delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale d'astratto a livello nazionale ed un approccio caso per caso basato sull'analisi del territorio costiero del comune in questione». Orbene la motivazione della sentenza di cui ai riportati punti è particolarmente interessante laddove rappresenta un approdo giurisprudenziale idoneo a lasciare alle amministrazioni procedenti un maggiore margine discrezionale rispetto alla sentenza *Promoiimpresa*, nella quale invece l'accertamento sulla scarsità della risorsa era stato demandato al giudice nazionale, prescrivendo di prendere in considerazione anche il fatto che le concessioni sono rilasciate a livello comunale.

118/2022, nonché alla definizione dei criteri tecnici idonei a garantire l'effettiva operatività delle gare pubbliche da parte dei concessionari su tutto il territorio nazionale.

Va ancora rilevato che l'art. 1, comma 8, introduce un nuovo comma 4-*bis*, all'art. 4 della L. n. 118/2022, che stabilisce che «fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni» ed il successivo art. 10-*quater* prevede che le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, co. 1, lett. a) e b), legge 5 agosto 2022, n. 118, continuino in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori. È evidente come la riportata previsione sia in grado di paralizzare l'attività di quegli enti concedenti che, nelle more del riordino e della semplificazione della disciplina della materia intendevano, in applicazione della Direttiva *Bolkestein* e del portato giurisprudenziale della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, indire procedure selettive per l'affidamento delle concessioni, considerate dagli stessi ormai definitivamente scadute³⁵.

³⁵ Va evidenziato che alcuni Comuni italiani, nelle more della risoluzione della questione inerente l'interpretazione e l'applicazione della Direttiva *Bolkestein*, effettuavano una ricognizione del mancato pagamento dei canoni demaniali, come risultanti dal monitoraggio dei dati amministrativi e contabili delle concessioni demaniali, effettuato dal Ministero dell'economia e delle Finanze Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. Il Comune di Pomezia, in applicazione della legge 30 dicembre 2018 n.145, adottava un provvedimento di *Presa d'atto e applicazione dell'estensione della durata delle concessioni demaniali marittime, stabilita con la legge 30.12.2018 n.145* e contenente le indicazioni operative agli uffici, per l'applicazione dell'estensione della durata delle concessioni demaniali marittime in corso di validità. In particolare, con la detta nota, il Comune, al fine di predisporre tutti gli atti amministrativi per la definizione delle proroghe alle concessioni demaniali marittime riteneva necessario «verificare l'inesistenza di cause di decadenza dalla concessione posseduta ed in corso di validità (ex art. 47 C.N. e relativo Regolamento attuativo); procedere all'accertamento della persistenza in capo ai singoli concessionari dei requisiti soggettivi richiesti dalla normativa vigente;... rinviare al Dirigente l'adozione di tutti gli atti ritenuti necessari per le procedure di estensione del termine di durata delle concessioni in scadenza». Il Comune di Pomezia, con la determinazione dirigenziale n. 347 del 22.3.2021 decideva l'affidamento di due concessioni di beni demaniali marittime nel comune, per finalità turistiche e ricreative ovvero: stabilimento balneare *Porto Royal e Bagni Belvedere*, provvedendo altresì ad approvare il bando di gara con i relativi allegati, e lo schema di concessione. La società Belvedere, allora titolare della concessione demaniale marittima n. 24/2009, presentava una prima domanda, «di definizione ai sensi dell'art. 100 D.L. 14.8.2020 n. 10» del procedimento amministrativo, per il quale risultavano iscritti al ruolo i canoni demaniali marittimi non versati, ed una seconda domanda, per ottenere l'estensione temporale della concessione demaniale ai sensi della legge n. 145/2018, provvedendo poi ad adire il T.A.R. Lazio – Roma, avverso il provvedimento del Comune di Pomezia, di rigetto dell'istanza di definizione del contenzioso per i canoni non pagati, nonché avverso la determina dirigenziale di approvazione del bando per l'affidamento, tramite gara, della concessione demaniale. La medesima società, con i successivi motivi integrativi e con i tre ricorsi per motivi aggiunti, impugnava la determinazione dirigenziale del Comune di Pomezia, con cui veniva disposta la decadenza dalla titolarità della concessione demaniale marittima di cui era titolare, nonché la determinazione dirigenziale con cui venivano approvati gli atti della procedura di gara. Il Comune, a seguito della gara, infatti, disponeva l'approvazione degli atti e l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.T.I. - Antica Madia s.r.l.s. (Capogruppo) TLC 2013 S.r.l. (Mandante), della procedura per l'affidamento della concessione demaniale marittima dello stabilimento balneare *Bagni Belvedere*. Il T.A.R. Lazio – Roma Sez. 2^a Bis con la sentenza

Appare, quindi, chiaro come, dal combinato disposto delle norme previste dalla legge n. 118/2022 e dalla successiva legge n. 14/2023, il quadro normativo sia quanto mai disorganico e non evidentemente in grado di rispettare, nell'immediato, gli impegni assunti dallo Stato italiano in merito all'applicazione della direttiva *Bolkestein*.

Infatti, le disposizioni, sopra menzionate, del decreto milleproroghe sono state oggetto di rilievi da parte del Presidente della Repubblica proprio in relazione al previsto ulteriore spostamento del termine alla data del 31 dicembre 2025. Nello specifico, il Capo dello Stato, in una nota del 24 febbraio 2023, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Senato, ha evidenziato che «sollevano specifiche e rilevanti perplessità, in particolare, le norme inserite, in sede di conversione parlamentare, in materia di proroghe delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive», laddove «questa materia è da tempo all'attenzione della Corte di Giustizia che ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo la proroga delle concessioni demaniali marittime disposta per legge, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati».

In particolare il Presidente della Repubblica ha osservato come le norme introdotte dal decreto-legge n. 198/2022, convertito nella legge n. 14/2023, modifichino, in misura rilevante, il quadro normativo venutosi a delineare con l'emanazione della legge n. 118/2022, che, a parere del Presidente aveva tenuto in debito conto le statuizioni delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In particolare, il Capo dello Stato ha precisato come la legge appaia in contrasto sia con le norme UE che con il PNRR, in quanto «oltre a contrastare con le ricordate definitive

n. 826/2022 del 25.1.2022 respingeva il ricorso precisando che: «il ricorso va respinto sul punto, dovendosi confermare l'avvenuta decadenza della ricorrente già solo sotto i profili descritti: ne deriva la reiezione del gravame anche in relazione alla domanda di annullamento degli atti con i quali l'area demaniale è stata messa a bando e, successivamente, assegnata alla odierna controinteressata, essendo tali atti impugnati per motivi consequenziali alla illegittimità della decadenza e non avendo la ricorrente altro interesse ad un diverso esito della stessa procedura (alla quale non ha preso parte) con la conseguenza che è priva di alcuna utilità, per la ricorrente stessa, la disamina dei profili dedotti con i motivi aggiunti del 2 luglio 2021 circa l'asserita sussistenza di lacune fattuali o imprecisioni nella descrizione dei luoghi posta dall'amministrazione a fondamento degli atti di gara». La società con La Società Bagni Belvedere S.r.l. proponeva appello avverso la su richiamata sentenza, ed il Consiglio di Stato Sez. 7^a con la sentenza n. 7165 del 18.8.2022 respingeva l'appello precisando che: «la sentenza di prime cure, a fronte delle deduzioni di controparte ha ritenuto sussistenti le alterazioni della consistenza dei luoghi e le morosità pregresse come violazioni degli obblighi convenzionali per come documentate e incontestabilmente intervenute senza autorizzazione dell'autorità concedente. In sede di appello non sono stati prodotti elementi documentali tali da superare quanto osservato nel primo giudizio (in particolare, con riferimento alla contestata morosità), dimostrandosi pienamente – al contrario – le circostanze dedotte».

sentenze del Consiglio di Stato, è difforme dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall'Italia nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»³⁶.

L'esame degli emendamenti relativi alle concessioni demaniali della legge di conversione del decreto-legge in questione ha fatto, dunque, emergere molteplici profili critici, che avrebbero potuto giustificare l'esercizio della facoltà, attribuita dall'articolo 74 della Costituzione al Capo dello Stato, con la conseguente richiesta, con messaggio motivato alle Camere, di una nuova deliberazione prima della promulgazione della legge.

Tuttavia, il Presidente della Repubblica ha deciso di soprassedere al rinvio del testo alle Camere solo per evitare la decadenza «con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, di tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme».

Orbene, l'avvenuta promulgazione della legge, nonostante le sollevate critiche del Presidente della Repubblica, ha visto nuovamente intervenire il Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 2192 del 1° marzo 2023³⁷, si è pronunciato, incidentalmente, sulla validità delle norme di proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, di cui alla legge n. 14/2023.

La sentenza ha statuito che «sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le

³⁶ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) si inserisce all'interno del programma Next Generation EU (NGEU), il pacchetto da 750 miliardi di euro, costituito per circa la metà da sovvenzioni, concordato dall'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica. La principale componente del programma NGEU è il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), che ha una durata di sei anni, dal 2021 al 2026, e una dimensione totale di 672,5 miliardi di euro (312,5 sovvenzioni, i restanti 360 miliardi prestati a tassi agevolati).

Il 30 aprile 2021 il PNRR dell'Italia è stato trasmesso dal Governo alla Commissione europea (e, subito dopo, al Parlamento italiano). Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, fornendo una valutazione globalmente positiva del PNRR italiano. La proposta è accompagnata da una dettagliata analisi del Piano (documento di lavoro della Commissione). Il 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. La Decisione contiene un allegato con cui vengono definiti, in relazione a ciascun investimento e riforma, precisi obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, al cui conseguimento si lega l'assegnazione delle risorse su base semestrale.

³⁷ Cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, sent. n. 2192 del 1° marzo 2023, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza, anche in questo caso, ha ad oggetto il ricorso presentato dall'Agcom contro il Comune Manduria, avverso i provvedimenti con i quali la Giunta Comunale, nel novembre 2020, aveva stabilito la proroga delle concessioni balneari sino al 2033 in contrasto con la direttiva *Bolkestein*. Il Consiglio di Stato ha ribadito che «in base a ormai più che pacifici e consolidati principi in materia di rapporto tra normativa interna e normativa unionale autoesecutiva, in caso di contrasto tra le due, deve darsi precedenza alla seconda, con conseguente necessità che tutte le autorità dello Stato membro, siano essi organi giurisdizionali o pubbliche amministrazioni, disapplicino la norma interna a favore di quella sovranazionale».

ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

Orbene, se è pur vero che l'affermazione del supremo organo della giustizia amministrativa, in merito alla necessità di disapplicare anche l'ulteriore intervenuta proroga sui termini di scadenza delle concessioni demaniali, *ex lege* n. 14/2023, è nei limiti di un *obiter dictum* – in quanto la controversia, oggetto della sentenza n. 2192/2023, non si riferiva all'applicazione della legge in questione – è evidente che il Consiglio di Stato rileva l'aspetto problematico della normativa recentemente introdotta dal legislatore.

Infatti, la sentenza del Consiglio di Stato, da ultimo richiamata, una volta evidenziate le cause di illegittimità dei provvedimenti legislativi di rinnovo automatico delle concessioni per contrasto con le norme della direttiva *Bolkestein*, proprio in ragione del carattere *self executing* della stessa, riafferma – anche con riferimento all'ultimo intervento normativo – il principio secondo cui sussiste l'obbligo di disapplicazione delle norme in contrasto con la stessa, sia da parte dei giudici nazionali, che da parte della pubblica amministrazione procedente.

Del resto, i profili di incompatibilità del quadro normativo, venutosi a delineare con l'introduzione delle ulteriori proroghe di cui alla legge n. 14/2023, con il diritto UE e con le decisioni giurisprudenziali definitive, accrescono l'incertezza della regolamentazione effettivamente vigente in materia e rendono indispensabili ulteriori iniziative volte a completare il riordino e la semplificazione della disciplina, così come delineata nella legge delega n. 118/2022.

Dall'evoluzione del quadro normativo e dal formante³⁸ giurisprudenziale sopra delineato,

³⁸ Sul punto va evidenziato che il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2740 del 15.3.2023, non si è discostato dai principi affermati dalla sentenza n. 2192/2023, e nel pronunciarsi in merito ad un appello presentato da una società proprietaria di un complesso alberghiero e concessionaria dell'antistante area boscata, avverso la sentenza del TAR Toscana, Sezione III, n. 136/2021 ha nuovamente ribadito che alle concessioni demaniali si applica l'articolo 12 della direttiva servizi 2006/123. La sentenza di primo grado aveva dichiarato la legittimità dei provvedimenti con cui il Comune di San Vincenzo aveva rigettato l'istanza di rinnovo o proroga del titolo concessorio, non accogliendo i motivi di ricorso inerenti la presunta violazione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime stabilita – fino all'anno 2020 per tutte le concessioni in essere al 21 dicembre 2009 – dall'articolo 1, co. 18, decreto-legge n. 194/2009, come modificato dalla legge di conversione e dall'articolo 34-*duodecies*, comma 1, del decreto legge n. 179/2012.

appare, dunque, – quanto mai urgente – accelerare l’esercizio della delega da parte del Governo con l’emanazione di decreti in grado di assicurare l’applicazione delle regole della concorrenza³⁹ in conformità del diritto UE per garantire una maggiore certezza del diritto e l’uniforme applicazione della legge a tutti gli operatori del settore.

Va, pertanto, opportunamente rilevato che la completa procedimentalizzazione del rilascio delle concessioni demaniali marittime sarà raggiunta allorché sarà emanata la normativa di dettaglio entro una tempistica idonea al rispetto del termine di decadenza, di tutte le concessioni demaniali marittime, legislativamente previsto al 31 dicembre 2025.

Solo in tal modo potranno essere rispettati i principi previsti *ex art.* 41 Cost., a garanzia della libertà dell’iniziativa economica privata nei limiti di legge e in un’ottica solidaristica, nonché nel rispetto dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in relazione alla libertà d’impresa⁴⁰.

Infatti, uno degli obiettivi perseguiti dalle politiche dell’Unione è quello di costruire un mercato interno secondo criteri di stampo marcatamente liberistico⁴¹ (articoli 26 ss. TFUE; 101 ss. TFUE; 107 ss. TFUE), contemperati con i principi propri della Carta Costituzione italiana.

6. Lo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo tra errori metodologici e profili discrezionali.

Il Collegio della Sez. VII del Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del TAR, ha precisato che il diniego all’istanza di rinnovo o proroga della concessione è stato correttamente opposto dall’amministrazione comunale anche alla luce della normativa eurounitaria e dei principi espressi dalle ormai note sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2020 dell’adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui «se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell’unione, ne discende che l’effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*». È evidente dunque che il Consiglio di Stato, anche con la citata sentenza, pur non pronunciandosi espressamente sulla disciplina della nuova proroga introdotta con il decreto milleproroghe, ha ribadito che la proroga del titolo concessorio deve essere disapplicata.

³⁹ In dottrina, per i profili in materia di concorrenza, A. Lucarelli, B. De Maria e M.C. Girardi (a cura di) *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, cit.; e, più di recente, cfr. M.C. Girardi, *Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, eum.unimc.it, p. 169 ss.

⁴⁰ In argomento, v. *amplius*, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell’effettività. Per un diritto pubblico europeo dell’economia*, in ID. (a cura di), *Politiche pubbliche, regolazione e mercato*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2006, p. 4 ss.

⁴¹ Si rinvia, in argomento, a A. Lucarelli, *Le radici dell’Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell’economia*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna online*, n. speciale, 1/2019, p. 12 ss.

Il Tavolo Tecnico Consultivo istituito, con il già ricordato d.P.C.M. 11 maggio 2023, ha provveduto ad operare la definizione della metodologia e dello svolgimento dei lavori in materia di concessioni demaniali marittime lacuali e fluviali, allo stesso affidati.

Nello specifico, nel corso della prima riunione è stato definito il metodo di lavoro, prevedendo un'articolazione in tre fasi: a) una prima fase, concernente la ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale; b) una seconda fase, relativa all'acquisizione sistematica e completa dei dati in possesso delle amministrazioni nazionali, territoriali e locali sui rapporti concessori attualmente in essere e sulla quantità e qualità delle risorse demaniali marittime lacuali e fluviali disponibili; c) una terza fase, concernente la definizione dei criteri tecnici utili a delineare il concetto di scarsità della risorsa naturale disponibile e a determinarne l'effettiva sussistenza.

Va osservato come i componenti del Tavolo, per addivenire alla individuazione del concetto di «scarsità della risorsa», abbiano scelto quale criterio quello della ricognizione dei dati, con l'utilizzo di quelli nazionali, risultanti dalle piattaforme in uso, secondo un approccio generale ed astratto proporzionato e non discriminatorio.

Il Tavolo, con la Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori, pubblicata il 7 settembre 2023⁴², a seguito dello svolgimento delle fasi precedentemente delineate, ha chiarito che attualmente soltanto il 33% delle aree demaniali delle coste è oggetto di concessioni demaniali marittime, sottolineando come il 67% delle spiagge non oggetto di concessione, possa teoricamente essere oggetto di affidamento.

L'analisi della Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico, presenta, tuttavia, da subito, una serie di criticità, che non consentono di ritenere il lavoro del Tavolo stesso esaustivo al fine di costituire una base tecnica idonea ai futuri lavori parlamentari di riordino della materia delle concessioni demaniali marittime.

La prima incongruenza, rispetto a quanto programmato in sede di istituzione del Tavolo, si ravvisa nella circostanza per la quale nella fase di acquisizione sistematica dei dati, il Tavolo ha raccolto, tramite l'effettuazione della mappatura dei rapporti concessori in essere, solo quelli riguardanti le concessioni demaniali marittime.

⁴² Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretariato Generale – Dipartimento per il Coordinamento Amministrativo – Ufficio per la Concertazione amministrativa e l'utilizzazione dell'otto per mille dell'IRPEF – Servizio per la Concertazione amministrativa e le attribuzioni amministrative del Consiglio dei Ministri: Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, istituito ai sensi dell'art. 10-*quater*, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14.

Infatti, nelle more dell'attuazione della delega conferita dalla legge n. 118/2022 e della conseguente operatività della piattaforma SICONBEP, il Tavolo Tecnico ha utilizzato, per la mappatura i dati della piattaforma SID (Sistema Informativo del Demanio Marittimo), detenuta dal MIT (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

La piattaforma utilizzata per l'acquisizione dei dati, tuttavia, non include i dati riferibili alle concessioni rilasciate dalla Regione Siciliana, contenuti in un autonomo sistema informativo, separato rispetto al SID.

Inoltre, il Tavolo Tecnico non ha acquisito i dati relativi al demanio lacuale e fluviale, né quelli a disposizione delle amministrazioni competenti sia regionali che statali.

Partendo da questi dati, il Tavolo Tecnico ha provveduto, poi, ad effettuare una valutazione in merito alla scarsità della risorsa naturale disponibile e a determinarne l'effettiva sussistenza andando ad operare una duplice quantificazione in metri lineari ed in metri quadrati del demanio marittimo, scorporando dal totale i dati riferibili agli ambiti dell'Autorità di Sistema Portuale, nonché quelli riferibili alla superficie delle aree marine protette, delle aviosuperfici e delle aree naturali protette.

Per la quantificazione della linea di costa, inoltre, il Tavolo, del tutto incomprensibilmente, ha ritenuto di considerare tutto il litorale a prescindere dalla sua morfologia.

Dalla relazione sullo stato di avanzamento dei lavori si evince come il Tavolo, interrompendo, di fatto, l'istruttoria volta all'acquisizione sistematica e completa dei dati, abbia lavorato su cifre incomplete e frammentarie, operando una individuazione della aliquota percentuale delle aree demaniali di costa, pari al 33%, che risulta del tutto inadeguata a rappresentare il rapporto tra la consistenza delle concessioni demaniali realmente in essere e il litorale.

Il Tavolo, non solo, ha lavorato su dei dati parziali e non riferibili neppure a tutto il territorio nazionale, ma con una decisione non rispondente ad un criterio di piena logicità, ha rapportato i dati, così come acquisiti, ad una quantificazione della linea di costa considerata lungo tutto il litorale «a prescindere dalla sua morfologia»⁴³.

Questo metodo di lavoro mostra da subito la sua erroneità, laddove la linea di costa non poteva essere valutata senza un'approfondita e dettagliata analisi della sua reale ed effettiva

⁴³ Cfr. Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, istituito ai sensi dell'art. 10 *quater*, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, cit., par. 4.1, p. 6.

consistenza, onde considerarne la libera fruibilità nonché utilizzabilità anche ai fini di un eventuale affidamento in concessione.

Il Tavolo ha pretermesso di analizzare la geomorfologia di tutta la linea di costa, non considerando la sussistenza di tratti inaccessibili ed inutilizzabili, finendo per falsare il rapporto percentuale tra le concessioni demaniali marittime in essere e la risorsa naturale disponibile.

Come già programmato dal d.P.C.M. istitutivo del Tavolo, la percentuale individuata, a seguito della mappatura, avrebbe dovuto costituire la base su cui elaborare una proposta legislativa di riordino dell'intera materia sul rilascio delle concessioni demaniali marittime, al fine di dare applicazione alla direttiva *Bolkestein*.

Le risultanze dei lavori del Tavolo tecnico dovrebbero costituire la base per la successiva approvazione dei decreti delegati, volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime; tuttavia, l'elaborazione dei dati, così come avvenuta, ha condotto il Tavolo ad affermare, sia pure implicitamente, la «non scarsità della risorsa» e, quindi, la disponibilità del demanio marittimo per il rilascio di nuove concessioni demaniali, ovvero nuove attività economiche sulle aree date in concessione. A ben vedere, i dati risultanti dai lavori del Tavolo Tecnico, a seguito dell'applicazione di una metodologia, lontana dal rigore scientifico, condurrebbero il Governo⁴⁴ a ritenere insussistente il presupposto per l'applicazione della direttiva *Bolkestein* con la conseguenza della non necessità di gare ad evidenza pubblica per il rinnovo delle concessioni demaniali marittime in essere, così come a tutt'oggi prorogate.

La risorsa, secondo i fuorvianti risultati del Tavolo Tecnico, non risulterebbe «scarsa» bensì «disponibile», non rendendo, in tal modo, più applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, che sul presupposto della scarsità della risorsa, basa l'espletamento di un procedimento ad evidenza pubblica.

Secondo tale impostazione, la «non scarsità della risorsa» dovrebbe comportare l'applicazione dell'art. 11 della direttiva, che non pone limiti alla durata delle autorizzazioni, con la conseguenza che le concessioni demaniali marittime potrebbero essere oggetto di un provvedimento normativo che ne preveda il rinnovo automatico, come peraltro avvenuto fino alla prima lettera di messa in mora da parte della Commissione

⁴⁴ Cfr. C. Curti Gialdino, *Il Governo Meloni e l'Unione europea: gli esordi del nuovo Esecutivo*, in *Federaismi.it*, n. 33/2022.

europea, che ha sempre, al contrario, ritenuto la direttiva in oggetto applicabile.

Non è dato comprendere, altresì, come, nella prospettazione della Relazione, debbano essere qualificate le concessioni demaniali marittime già in essere e le concessioni oggetto di nuovi affidamenti.

In particolare, sembrerebbe che le concessioni già in essere potrebbero essere oggetto di una proroga, mentre quelle da assegnare potrebbero essere oggetto di gare ad evidenza pubblica.

Si verrebbe, pertanto, a creare un ingiustificato doppio canale tra concessioni già in essere e concessioni da affidare, che finirebbe per alterare e falsare il regime di libera concorrenza con dei risultati diametralmente opposti a quelli che l'intera architettura procedimentale, nazionale ed eurounitaria, voleva raggiungere.

Il Governo, partendo dall'erroneità delle risultanze dei lavori tecnici in merito alla non «scarsità della risorsa», potrebbe, pertanto, essere orientato ad obliterare l'applicabilità della direttiva *Bolkestein* e chiedere alla Commissione europea l'archiviazione della procedura di infrazione per la mancanza dei presupposti richiesti dalla direttiva in questione per la sua stessa applicazione.

Orbene, se è vero che la Corte di giustizia ha precisato, con la sentenza C-348/22 del 20 aprile 2023, che la disciplina europea lascia, comunque, agli Stati membri piena discrezionalità nella scelta dei criteri per la quantificazione dei rapporti tra la scarsità delle risorse naturali e il numero di concessioni demaniali disponibili, è altrettanto vero che, tali criteri, debbano rispondere ad un approccio metodologico e ad un rigore scientifico tali da non ingenerare dubbi sulla loro esattezza e sulla legittimità dell'esercizio del potere discrezionale dello Stato membro⁴⁵ in ordine alla loro applicazione.

La posizione del Governo, tuttavia, se, con l'istituzione del Tavolo Tecnico, propedeutico all'intervento normativo di riordino della materia, da un lato, ha ristabilito il giusto equilibrio tra i poteri dello Stato, dall'altro, non garantendo la scientificità dei dati acquisiti nello svolgimento dei lavori dell'organo consultivo, ha strumentalizzato l'intera procedura allo stesso affidata, violando gli obblighi eurounitari di applicazione della direttiva *Bolkestein*.

⁴⁵ In argomento si rinvia a M.T. Stile, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

7. Conclusioni.

553

Dalla disamina dell'evoluzione della procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime nella dimensione eurounitaria, il progressivo adeguamento della legislazione statale ai principi della concorrenza⁴⁶ e della libera circolazione al settore delle dette concessioni, in applicazione della direttiva *Bolkestein*, tramite il *dictum* giudiziale del Consiglio di Stato, ha condotto all'avvio dell'auspicato intervento legislativo di riordino della materia, non ancora completato.

La necessità di prevedere una zona temporalmente grigia, a seguito della quale dare applicazione all'intervenuta normativa di riordino della materia, era già stata stabilita dallo stesso Consiglio di Stato, con le citate sentenze gemelle del 2021, tuttavia, i tempi giurisdizionalmente previsti sono coincisi con quelli della conclusione della XVIII legislatura e, pertanto, i ritardi nell'esercizio della delega dell'attuale legislatura, hanno fatto emergere la necessità di un'ulteriore e diversa proroga.

Invero, l'utilizzo della delega al Governo, per l'emanazione dei decreti attuativi, ha comportato una serie di ulteriori e diverse proroghe e meccanismi di slittamento del definitivo assetto della materia, rivelatisi – attesi i tempi tecnici previsti – ancora una volta in contrasto con il carattere *self-executing* della direttiva come letta dal Consiglio di Stato. Va evidenziato che l'istituzione del Tavolo Tecnico di lavoro, prevista dal nuovo esecutivo con il decreto milleproroghe, se da un lato ha una finalità ricognitiva, volta ad acquisire i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere, nonché organizzatoria, tesa a definire i criteri per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale, dall'altro è stata implicitamente valutata dal Consiglio di Stato come una scelta sostanzialmente dilatoria, comportando una proroga rispetto al termine originario del 31 dicembre 2023 stabilito dalle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria, rinviato al 31.12.2024 dalla legge n. 118/2022 e successivamente spostato al 31 dicembre 2025 dal decreto n. 198/2022. Infatti, se è vero che l'attività affidata al Tavolo Tecnico è propedeutica all'emendazione dei decreti delegati all'esecutivo, al fine di effettuare un riordino sistematico della materia, è altrettanto vero che la previsione contenuta nel decreto milleproroghe, che vieta agli enti

⁴⁶ V., di recente, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in (a cura di) A. Lucarelli, *Nuovi Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'Economia*, Napoli, ESI, 2023, p. 139 ss.

concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni, considerate da molti enti locali scadute, finisce per legittimare la proroga tradendo le finalità stesse perseguite dalla legge n. 118/2022.

Invero, il medesimo decreto (decreto-legge 29 dicembre 2022, n.198, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 14), prevede che i rapporti concessori continuino in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori, risultando evidente che la regolamentazione della materia è sospensivamente condizionata ed inscindibilmente legata all'attività del Tavolo Tecnico.

E' chiaro che il divieto, stabilito dal decreto milleproroghe, sia in grado di paralizzare l'attività di quegli enti concedenti che, nelle more del riordino della materia, disapplicando la precedente normativa, in contrasto con la Direttiva *Bolkestein*, intendevano indire procedure selettive per l'affidamento delle concessioni, considerate, dagli stessi enti, ormai definitivamente scadute anche alla stregua della posizione dell'Adunanza Plenaria.

Il Consiglio di Stato, nel valutare, ancorché *incidenter tantum*, la previsione nel decreto milleproroghe dello slittamento del termine «ultimo» dal 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025, ha riaffermato la contrarietà di tali previsioni alla Direttiva *Bolkestein*, chiarendo, ancora una volta, che disposizioni di tale tenore debbano necessariamente essere disapplicate.

Del resto, la sussistenza dell'obbligo per la Pubblica Amministrazione di non applicare la norma primaria nazionale in conflitto con il diritto eurounitario e, conseguentemente, di disapplicare le proroghe via via disposte dal legislatore, come chiarito dal Consiglio di Stato, si pone a fondamento del potere/dovere della P.A. di indire una procedura selettiva per l'affidamento delle concessioni demaniali, senza che possa riconoscersi alcun legittimo impedimento o divieto per la stessa.

Pertanto, il Consiglio di Stato, con le ricordate sentenze gemelle, aveva già precisato, *pro futuro*, al dichiarato scopo di evitare ulteriori e diversi problemi applicativi dei principi enucleati, che le eventuali proroghe legislative del termine di scadenza delle concessioni demaniali, individuato alla data del 31 dicembre 2023, al pari di ogni disciplina, comunque diretta ad eludere gli obblighi UE, doveva considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, doveva essere disapplicata non solo dal giudice ma da qualsiasi organo statale compresa la P.A., doverosamente legittimata a considerare ulteriori proroghe di validità delle concessioni in essere *tamquam non esset*.

Sarebbe stato, probabilmente, più opportuno prevedere un regime transitorio idoneo, nelle more di conclusione dei lavori del Tavolo Tecnico e di adozione dei decreti di determinazione dei criteri, a consentire agli enti locali di indire gare per il rilascio delle concessioni demaniali, utilizzando, per analogia, i principi propri per la scelta del contraente nei contratti pubblici.

Una tale scelta avrebbe consentito, di rispettare le previsioni di cui all'art. 12 della direttiva, dando alla stessa immediata applicazione; una soluzione da adottarsi *medio tempore* poteva essere rinvenuta, quindi, nella previsione di gare a seguito delle quali gli enti concessori avrebbero potuto rilasciare dei titoli temporalmente limitati alla successiva adozione dei decreti di definitivo riordino della materia.

In un sì tale contesto, la pubblicazione della Relazione sullo stato di avanzamento del Tavolo Tecnico e i fuorvianti risultati dei lavori dello stesso, che ha qualificato la risorsa demaniale non «scarsa» bensì «disponibile», ha reso non più applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, con una brusca interruzione del processo di adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi eurounitari della direttiva servizi.

Di talché tale approccio, nel negare il presupposto della “scarsità della risorsa”, attesa l'erroneità dei dati della mappatura acquisita dall'organo tecnico-consultivo, potrebbe comportare un arresto politico, prima ancora che normativo, all'effettiva applicabilità della direttiva *Bolkestein* al rilascio delle concessioni demaniali marittime, pretermettendo gli auspici del Capo dello Stato e vanificando, di conseguenza, il formante giurisprudenziale interno e sovranazionale.

La posizione del Governo, con la Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo, finisce, dunque, per sbilanciare il rapporto tra la giustizia amministrativa ed europea e la politica interna, sostituendo alla nomofilachia⁴⁷ e all'esercizio paranormativo della giustizia amministrativa la discrezionalità tecnica propria dell'esecutivo.

Rappresenta, tuttavia, un temperamento della posizione assunta dal Governo la decisione di presentare la lettera di risposta di contestazione degli addebiti nell'ambito della fase precontenziosa della procedura di infrazione, avviata contro la Repubblica italiana, con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, solo a seguito di un passaggio in Conferenza

⁴⁷ Si rinvia a M.T. Stile, *L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime tra diritto dell'Unione e normativa nazionale* de iure condendo, cit.

Unificata in cui dovranno essere discussi ed esaminati i risultati definitivi dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo.

Si auspica che la valutazione sulla completezza e sull'esaustività dei lavori tecnici del Tavolo sia effettuata dalla predetta Conferenza Unificata con particolare rigore, non solo prevedendo una proroga dei lavori del Tavolo mediante una integrazione dell'istruttoria, con l'acquisizione sistematica dei dati attualmente non pervenuti (riguardanti sia le concessioni demaniali marittime non mappate, sia le concessioni fluviali e lacuali, obliterate interamente nel corso dei lavori), ma anche con la previsione di un correttivo che elimini, dalla quantificazione della linea di costa, i tratti non utilizzabili perché rocciosi e/o inaccessibili, prevedendo, altresì, una aliquota percentuale minima di spiaggia libera, che non possa essere, in ogni caso, oggetto di una concessione demaniale marittima, al fine di garantirne la fruibilità quale bene comune⁴⁸.

Abstract: La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative, dopo un lungo arco temporale di staticità, è stata oggetto, nell'ultimo periodo, di una repentina transizione dai principi previsti dalle risalenti norme del codice della navigazione ai principi di derivazione europea della concorrenza e della libera circolazione dei servizi. L'intervento legislativo di riordino della materia, avviato dalle sentenze gemelle del Consiglio di Stato del 2021 e proseguito con la successiva sentenza della Corte di giustizia del 2023, non è stato ancora completato, richiedendo l'esercizio del potere discrezionale dell'esecutivo, in ordine all'individuazione della "scarsità della risorsa", effettuata mediante un'indagine delegata ad un organo tecnico consultivo *ad hoc*. La posizione del Governo, con la Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del Tavolo Tecnico Consultivo, finisce, dunque, per sbilanciare il rapporto tra la giustizia amministrativa ed europea e la politica interna, sostituendo alla nomofilachia e all'esercizio paranormativo della giustizia amministrativa la discrezionalità tecnica propria

⁴⁸ In argomento, efficacemente, A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Lucca, Dissensi, 2011; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013; A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2017, p. 1 ss.; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; U. Mattei, A. Quarta, *Punto di Svolta*, Assago, Aboga Edizioni, 2018, p. 9 ss.; S. Rodotà, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, (a cura di) G. Preterossi, N. Capone (a cura di), Napoli, La scuola di Pitagora, 2018. Più di recente, cfr. M. Barone, *Il "diritto al mare" e la sua effettività*, in *Quaderni della Rassegna di Diritto pubblico europeo, Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, vol. II, Napoli, ESI, 2023, p. 119 ss.

dell'esecutivo.

Abstract: The regulatory framework of state maritime concessions for tourist-recreational purposes, after a long period of static nature, has been the subject, in the last period, of a sudden transition from the principles envisaged by the dating back rules of the navigation code to the European-derived principles of competition and the free movement of services. The legislative intervention to reorganize the matter, started by the twin sentences of the Council of State in 2021 and continued with the sentence of the Court of Justice in 2023, has not yet been completed, requiring the exercise of the executive discretion power, on "scarcity of the resource", carried out through an investigation of technical consultative body. The Government's position, with the Report on the progress of the Technical Consultative Table's work, unbalanced the relationship between administrative and European justice and national policy, replacing nomophilachy and the paranormative exercise of administrative justice with technical discretion of the executive.

Parole chiave: Concessioni demaniali marittime – Direttiva *Bolkestein* – libera prestazione servizi – libera concorrenza - beni comuni.

Key words: Maritime state concessions – Bolkestein Directive –free provision services – free competition – common goods.

FOCUS – ELEZIONE DIRETTA DEL
PRESEIDENTE DEL CONSIGLIO DEI
MINISTRI

LA TIRANNIA DELLA MAGGIORANZA PARLAMENTARE: FORMA DI GOVERNO E IRRAZIONALITÀ DIFFUSE NEL DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE SULL'ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI*.

di Alberto Lucarelli**

I

Venerdì 3 novembre u.s., su proposta del Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione amministrativa, il Governo ha approvato il disegno di legge: «*Introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e razionalizzazione del rapporto fiduciario*». Quindi gli obiettivi dichiarati del disegno di legge sono due: attribuire ai cittadini il potere di eleggere direttamente il Presidente del Consiglio dei Ministri, facendogli perdere definitivamente lo *status* di *primus inter pares*, divenuto nel tempo, a seguito di interventi legislativi, già meno rigido che in origine e razionalizzare il rapporto fiduciario. Mentre il primo obiettivo è chiaro, e sembrerebbe anche andare incontro alle aspettative degli italiani, al fine di renderli più protagonisti nel voto in un momento nel quale il picco dell'astensionismo ha raggiunto quote elevate, il secondo è alquanto nebuloso.

Infatti, cosa s'intende per razionalizzazione? E soprattutto, attraverso la razionalizzazione del rapporto fiduciario quali obiettivi s'intendono raggiungere? E ancora quale forma di governo s'intende razionalizzare, quella esistente, quindi nell'alveo del parlamentarismo puro, o quella che emerge dal progetto di riforma ovvero nel premierato? E ancora con l'espressione razionalizzazione s'intende perseguire la c.d. stabilità del Governo, il rafforzamento dell'Esecutivo o entrambi?

Proviamo a ragionare per punti, cercando non di dare delle risposte ma di porre all'attenzione una serie di perplessità e contraddizioni che emergono dal testo.

* Il commento si riferisce al testo approvato dal Consiglio dei Ministri in data 3 novembre, e non a quello trasmesso al Presidente della Repubblica, ovvero *Disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (MELONI) e dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa (ALBERTI CASELLATI) Comunicato alla Presidenza il 15 novembre 2023, Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

Innanzitutto, sul piano dei rapporti interistituzionali, sarebbe stato opportuno che un testo che si occupa delle regole del gioco e del funzionamento delle istituzioni fosse stato elaborato in sede parlamentare e che l'iniziativa legislativa fosse provenuta appunto dall'organo legislativo. Ma tant'è!

L'art. 3 del testo di modifica dell'art. 92 Cost., oltre a prevedere (c. 2) che il Presidente del Consiglio sia eletto a suffragio universale e diretto per la durata di cinque anni e che le votazioni per l'elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere avvengano tramite un'unica scheda elettorale, dispone, nel medesimo comma, che la legge disciplinerà il sistema elettorale delle Camere secondo i principi di rappresentatività e governabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 % dei seggi nelle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Da una prima lettura del disegno di legge di revisione costituzionale c.d. *premierato all'italiana*, la mia impressione è che con il 55 % dei seggi l'assoluto dominatore della scena istituzionale diventi la maggioranza parlamentare. La razionalizzazione del rapporto fiduciario determina più che un rafforzamento del Presidente del Consiglio e del Governo nel suo complesso, un forte posizionamento della maggioranza parlamentare.

Pertanto, tale disposizione, non soltanto introduce l'elezione diretta, ma allo stesso tempo introduce una c.d. riserva di legge assoluta rinforzata, ovvero incarica il legislatore ordinario di approvare un testo di legislazione elettorale a rime obbligate. Ovvero, il legislatore, per *diktat* costituzionale, non potrà optare per un modello diverso da quello indicato dal testo costituzionale, impedendogli, ad esempio, di orientarsi verso un modello più propenso alla rappresentatività che alla governabilità. Se ci sono materie nelle quali la discrezionalità politica del legislatore non può essere compressa, sono proprio le leggi elettorali. La riserva d'assemblea di cui all'art. 72, ult. c., Cost., vero è che non impedisce che l'iniziativa sia governativa, ma di certo intende caratterizzare questi testi legislativi, quali ambiti di assoluta autonomia e discrezionalità del legislatore ordinario, ed in particolare il sistema elettorale, in quanto espressione di regole del gioco che dovrebbero garantire anche le opposizioni. Il modello maggioritario, calato dall'alto, temperato, più nella forma che nella sostanza, da evanescenti principi di rappresentatività, impone una legislazione elettorale a rime obbligate. Inoltre, desta molti dubbi e perplessità la circostanza che il testo in oggetto preveda un *quorum* elevato che imporrebbe, stante anche la recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017), di fissare delle elevate soglie di *quorum* per accedere al premio

di maggioranza, per garantire i principi di eguaglianza e di rappresentatività, anche in un'ottica possibile di ballottaggio.

Insomma, *dando i numeri* il riformatore costituzionale si espone a forte dubbi sul piano della legittimità costituzionale. Va sempre tenuto in considerazione che, come affermato dalla Corte, anche le leggi di revisione costituzionale sono sottoposte allo scrutinio costituzionale, laddove lesive dei principi supremi dell'ordinamento repubblicano. Quindi l'art. 3, c. 2, del progetto di revisione della Costituzione, con le suddette criticità, prova a rafforzare l'Esecutivo con l'elezione diretta e a far prevalere i canoni della democrazia della governabilità su quella della rappresentanza. La stabilità sarebbe garantita da una maggioranza solida, mentre, mi domando, la sola elezione diretta garantirebbe, in quanto tale, il rafforzamento dell'Esecutivo? Proviamo nei paragrafi successivi a dare una risposta a questa domanda.

L'art. 3, c. 3, dispone che sia il Presidente della Repubblica a conferire al Presidente del Consiglio dei Ministri eletto l'incarico di formare il Governo e nomina, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, i Ministri. Questa disposizione sembra a prima lettura incoerente. Delle due l'una, infatti, o il Presidente ha una legittimazione diretta dal popolo e quindi non ha bisogno di nessun'altra investitura o l'investitura deve essere perfezionata con atto presidenziale. Ma questa seconda ipotesi è del tutto contraddittoria con i modelli ad elezione diretta, e pertanto l'attribuzione al Capo dello Stato del potere di conferimento dell'incarico finisce per trasformarsi soltanto in una pura formalità, un atto notarile che, da un punto di vista sistemico, sviscerisce la figura presidenziale. In ogni caso, tale potere, così formulato, non rientra più nei poteri del Presidente della Repubblica di controllo e/o garanzia. Ma ancora più ambigua è l'ultima parte della disposizione che, seppur sulla base di assetti istituzionali mutati, conferma il testo dell'attuale Costituzione, ovvero attribuisce al Presidente del Consiglio incaricato il potere di proposta e al Presidente della Repubblica il potere di nomina dei Ministri. Qui si parla di nomina e non di conferimento dell'incarico (atto vincolato dal voto elettorale) e se le parole hanno un senso, in questa fattispecie, il potere del Presidente della Repubblica sarebbe di natura sostanziale, ovvero lo stesso potrebbe, come è avvenuto di recente, rifiutarsi di nominare un Ministro proposto dal Presidente del Consiglio o esercitare *semplicemente* una *moral suasion* sulla proposta. È evidente che questo esercizio di poteri, in questo caso di garanzia e controllo, genererebbe un corto circuito rispetto al modello ad elezione diretta del Presidente del Consiglio, e sicuramente forti tensioni con il corpo elettorale e con la maggioranza parlamentare. Insomma è una norma assolutamente contraddittoria, rispetto al modello che s'intende introdurre.

L'art. 4, c. 1, lett. a), di modifica dell'art. 94 Cost. dispone che entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si deve presentare alle Camere per ottenere la fiducia. Nel caso in cui non venga approvata la mozione di fiducia al Governo (*sic!*), presieduta dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora anche quest'ultimo non ottenga la fiducia della Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle stesse. Dunque, è prevista una forma ibrida: il Presidente del Consiglio, prima viene eletto dai cittadini, poi riceve l'incarico dal Presidente della Repubblica e infine deve ottenere la fiducia dalle Camere. Ma, in un sistema ad elezione diretta e a trazione molto maggioritaria, che senso ha il conferimento dell'incarico, il voto di fiducia e ancor di più che senso ha conservare il potere di scioglimento del Capo dello Stato che, da strumento di assoluta rilevanza istituzionale, qual è nel sistema attuale, si trasformerebbe in uno strumento del tutto irrazionale? È facilmente prevedibile che non possano mai realizzarsi condizioni per un voto di sfiducia, soprattutto in presenza di un Parlamento con una maggioranza di almeno il 55% a sostegno del Presidente del Consiglio eletto. Si conserva, dunque, un potere di scioglimento presidenziale del tutto irrazionale, adattato a questo modello, ma soprattutto uno strumento che verosimilmente non sarà mai utilizzato.

L'art. 4, c. 1, lett. b), sempre di modifica dell'art. 94 Cost., prevede che in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia. Qualora il Governo così nominato non ottenga la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere.

Questa dovrebbe essere una c.d. norma antiribaltone, ovvero evitare la variabilità delle maggioranze e quindi la nascita di Governi lontani dalla volontà dei cittadini. In realtà, la norma, così come formulata, legittima la nascita di governi presieduti da un Presidente del Consiglio non eletto. In sostanza, si rischia di mettere il corpo elettorale contro il Parlamento, o meglio contro la maggioranza parlamentare. Non ci sono ribaltoni nel senso classico della parola, ma comunque si è in presenza di beghe e giochi di potere all'interno della maggioranza parlamentare. Il nuovo Presidente, che dovrà sì stare all'interno della maggioranza che ha ottenuto la fiducia e quindi attuare quell'indirizzo politico, ma comunque sarà scelto da nuove alleanze all'interno della maggioranza. A differenza delle disposizioni precedenti, in questo

caso il potere del Capo dello Stato aumenta, sia in ordine alla nomina del nuovo Presidente del Consiglio, sia in relazione ai Ministri. Si amplia il suo potere, in quanto si riduce, o meglio, scompare l'investitura diretta del Presidente del Consiglio, ridimensionando di conseguenza anche il potere di proposta dei Ministri. Anche in questo caso il potere di scioglimento presidenziale sembra più formale che sostanziale, infatti un ribaltone all'interno della maggioranza difficilmente non si concretizzerebbe con un voto di fiducia al nuovo Governo.

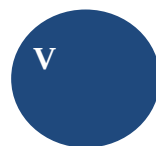
Al di là di tutte le incongruenze evidenziate, che rendono difficile definire questa nuova forma di governo, la disposizione che dà maggiori preoccupazioni è proprio quest'ultima.

Essa, configurerebbe una sorta di modello a prevalenza della maggioranza parlamentare, quella che in passato la dottrina aveva definito *tirannia della maggioranza parlamentare*, quando essa opera senza freni e contrappesi. Provo a spiegarne le ragioni di questa preoccupazione che, alla fine, configurerebbero una sorta di monismo della maggioranza parlamentare.

Essa può:

1. di fatto sfiduciare il Presidente del Consiglio eletto dai cittadini;
2. individuarne un altro all'interno della maggioranza parlamentare;
3. negare la fiducia al nuovo Presidente del Consiglio e di fatto determinare lo scioglimento delle Camere;
4. esercitare la sfiducia individuale dei Ministri, non essendo, stranamente, previsto il potere di revoca degli stessi da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri eletto;
5. decidere sostanzialmente quando il Presidente della Repubblica deve sciogliere il Parlamento e tornare alle urne (potere di scioglimento a rime obbligate);
6. modificare i regolamenti parlamentari;
7. eleggere il Presidente della Repubblica, a partire dalla terza votazione;
8. raggiungere facilmente il *quorum* del 3/5, con qualche *responsabile*, ed eleggere i membri laici di Corte costituzionale (dalla terza votazione in poi) e del C.S.M.;
9. votarsi la propria legge elettorale, disponendo di un'ampia maggioranza.

In conclusione, all'elezione diretta del Presidente del Consiglio, non si associa né il rafforzamento dell'Esecutivo, né la sua stabilità. Si rafforza la maggioranza parlamentare, questa sì stabile ed in grado in qualsiasi momento di condizionare il funzionamento delle istituzioni, senza che gli organi di controllo e garanzia, men che mai l'opposizione, visto il prefigurato sistema elettorale, possano esercitare un reale bilanciamento. Se i riformatori intendevano questo per razionalizzazione della forma di governo l'obiettivo è raggiunto, ma io resto con la difficoltà di classificarla, se non come *tirannia della maggioranza*.



IL DDL COSTITUZIONALE SULL'ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO E LA RAZIONALIZZAZIONE DEL RAPPORTO DI FIDUCIA: UNA RIFORMA INCOERENTE.

di Daniela Mone*

VI

L'intento della maggioranza nel proporre il d.d.l. di modifica degli artt. 59, 88, 92, 94 Cost., come si legge nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri, n. 57 del 3 novembre 2023, è «di rafforzare la stabilità dei Governi, consentendo l'attuazione di indirizzi politici di medio-lungo periodo; consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale nella determinazione dell'indirizzo politico della Nazione» oltre che di «favorire la coesione degli schieramenti elettorali; evitare il transfughismo e il trasformismo parlamentare».

La soluzione del problema italiano dell'instabilità governativa e del recupero di potere di scelta da parte dei cittadini al momento dell'esercizio del diritto di voto è rappresentata, nella proposta di riforma costituzionale approvata in Consiglio dei Ministri il 3 novembre scorso, dall'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio, contestualmente alle elezioni delle Camere, per un analogo periodo di cinque anni e da un meccanismo di razionalizzazione del rapporto di fiducia.

Le considerazioni che seguono non riguardano l'eventuale preferenza di un modello alternativo a quello proposto in relazione alla sua maggiore o minore coerenza rispetto al testo costituzionale nel suo complesso, su cui pure sarebbe opportuno riflettere, ma all'idoneità del modello proposto a raggiungere gli obiettivi dichiarati e, contestualmente, alle potenziali distorsioni che ne potrebbero scaturire in termini funzionamento delle istituzioni.

Prevedere l'elezione diretta del Presidente del Consiglio da parte degli elettori, sul modello dell'elezione di Sindaci di Comuni con più di 15.000 abitanti e dei Presidenti di Regione, è certamente disposizione che attribuisce un peso decisivo ai cittadini assegnando agli stessi la scelta esclusiva del Premier secondo la nuova formulazione dell'art. 94 Cost. ma

* Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

è altrettanto certo che, in linea di principio, la previsione della fiducia del Parlamento al Governo presieduto dal Presidente eletto, ai sensi del nuovo art. 94 Cost., va nella direzione opposta, al di là di quelle che possano essere le ragioni ad essa sottostanti.

L'effetto, infatti, è quello di respingere eventualmente la scelta del Presidente del Consiglio eletto in ordine al programma ed alla composizione del Governo e, nel caso di seconda richiesta di fiducia da parte dello stesso reincaricato dal Presidente della Repubblica¹, di respingere il Presidente del Consiglio eletto dai cittadini: la volontà della maggioranza parlamentare, come evidenziato nell'Editoriale che ha aperto questo dibattito e, quindi, dei partiti, prevale sulla volontà del popolo che, pertanto, contrariamente al fine dichiarato dal Legislatore riformatore, non recupera affatto la sua sovranità ma soccombe rispetto al suo organo rappresentativo².

Più coerente rispetto all'obiettivo di garantire la sovranità popolare il modello relativo alle richiamate elezioni amministrative ex art. 52 T.u.e.l. e art. 126 Cost., ove manca il rapporto fiduciario fra organo collegiale ed organo monocratico direttamente eletto che, in quanto tale, non necessita di alcuna legittimazione indiretta come, invece, nella forma di governo parlamentare.

In effetti, si potrebbe ritenere che essendo la fiducia votata al Governo nel suo complesso, non riguarda la persona del Presidente del Consiglio ma la composizione dell'organo ed il programma. Al riguardo, tuttavia, non può essere negato che il programma è elemento essenziale nella scelta del Presidente da parte degli elettori.

Quanto alla composizione del Governo, la previsione di una mancata concessione della fiducia da parte delle Camere per ragioni inerenti i Ministri nominati, induce a sottolineare un'ulteriore incoerenza interna al d.d.l. e cioè che il Presidente del Consiglio direttamente eletto non è titolare di potere e revoca dei Ministri (analogamente a quanto avviene a livello di autonomie locali o nella forma di governo presidenziale) per cui il Governo risulta quasi organo dotato di autonomia rispetto ad esso, con conseguenti incongruenze in termini di rapporti fra soggetti titolari dell'indirizzo politico.

¹ Si segnala la pessima scrittura della disposizione relativa a tale ipotesi. L'art. 94 Cost., c. 3, nella nuova formulazione, infatti, dispone: «Nel caso in cui non venga approvata la mozione di fiducia al Governo presieduto dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora *anche quest'ultimo* non ottenga la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere». Corsivo mio. Anche quest'ultimo è sempre lo stesso soggetto: il Presidente del Consiglio eletto.

² A. Lucarelli, *Editoriale, La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. IV.

Un organo dotato di legittimazione elettorale diretta ma privato di poteri decisivi nell'esercizio della funzione di indirizzo politico (che rimane affidata all'organo collegiale, considerato che l'art. 95 Cost., non è oggetto di riforma), a partire dal potere di nominare e revocare il *suo* Governo, è, infatti, sostanzialmente depotenziato e si rinviene, di fatto, una mancata corrispondenza fra la sua legittimazione forte e i suoi poteri (e relativo ruolo). La previsione che assegna al Parlamento la possibilità di non condividere la composizione del Governo dallo stesso individuata (sebbene attraverso la nomina del Presidente della Repubblica) è espressione proprio di questa stortura che stortura non sarebbe se il Presidente del Consiglio fosse espressione del Parlamento e non eletto direttamente. Insomma, se il Presidente del Consiglio è eletto direttamente, deve nominare e revocare i suoi Ministri e non c'è spazio per il Parlamento in ordine all'approvazione, con la fiducia, di programma e composizione del Governo: tutto confluisce nella persona del Presidente del Consiglio espressione del popolo sovrano.

Nell'ipotesi contemplata dalla legge di riforma, irrazionalmente, il Parlamento può far prevalere la sua volontà rispetto a quella del popolo sovrano di cui è rappresentante, prima ancora che il Governo entri nel pieno delle sue funzioni, quindi senza che la previsione sia ispirata neppure all'obiettivo della stabilità del Governo.

Se si considera, inoltre, anche che la possibilità di verifica di una tale ipotesi è praticamente nulla, tenuto conto dell'obbligo previsto per il Legislatore, al nuovo art. 92, c. 3, Cost., di introdurre nella legge elettorale un premio di maggioranza che assicuri il 55 per cento dei seggi alle Camere alla coalizione di Governo³, ci si chiede la ragione della sua presenza se non forse, quella, di tentare di far passare la riforma come ispirata "a un criterio 'minimale' di modifica della Costituzione vigente, in modo da operare in continuità con la tradizione costituzionale e parlamentare italiana", come si legge nel citato comunicato stampa del 3 novembre: tentativo, evidentemente e come si vedrà avanti, fallace e, in più, controproducente.

Se si vuole, come dichiarato, recuperare al popolo il potere di scelta, la fiducia iniziale del Parlamento al Governo va ritenuto un istituto privo di significato, anzi, contraddittorio rispetto a quell'obiettivo e non funzionale neppure a quello della stabilità del Governo.

Contraddittorio rispetto al modello adottato non solo il mancato riconoscimento del potere di nomina e revoca dei Ministri al Presidente del Consiglio direttamente eletto ma anche la sua attribuzione al Presidente della Repubblica, su sua proposta.

³ *Ibidem*, p. IV.

Quale ratio potrebbe sottostare ad un simile assetto? Potrebbe il Presidente della Repubblica, organo neutro, rifiutarsi di nominare un Ministro proposto dal Presidente del Consiglio eletto direttamente? Quali potrebbero esserne le ragioni? Ma, soprattutto, quali potrebbero esserne, di nuovo, le conseguenze nei rapporti fra soggetti istituzionali se non la mortificazione della volontà popolare da parte di un organo non eletto dal popolo, in contraddizione con i fini perseguiti nel d.d.l.?

Ancora una volta, probabilmente, la ragione è quella di trasmettere l'immagine di una riforma sostanzialmente poco impattante sul sistema costituzionale secondo quanto affermato sempre nel richiamato comunicato stampa per cui la stessa si ispirerebbe “a un criterio ‘minimale’ di modifica della Costituzione vigente, in modo da [...] preservare al massimo grado le prerogative del Presidente della Repubblica, figura chiave dell'unità nazionale». Ancora una volta, tuttavia, si inserisce una previsione, di nuovo, ingiustificata ed incoerente rispetto ai fini dichiarati e che, nella realtà non troverebbe applicazione: il Presidente della Repubblica, a meno di porsi in contrasto con la volontà di un soggetto direttamente legittimato dal popolo, si trova titolare esclusivamente di un potere formale”⁴, venendo pertanto, inciso significativamente nel suo ruolo dalle nuove norme, benché quelle che lo riguardano restano identiche a quelle attualmente vigenti.

Diversamente, opportuna appare la previsione della possibilità di sfiducia del Governo da parte delle Camere nel corso della legislatura (ai sensi dell'art. 94, c. 2, Cost., non toccato dalla riforma) dal momento che il modello delineato dal d.d.l. si muove pur sempre nell'ambito della democrazia rappresentativa ove il popolo, oltre al momento dell'investitura con l'elezione, non dispone di potere di sfiduciare il Presidente del Consiglio ed il Governo che, eventualmente, disattendono il programma presentato agli elettori.

In tal caso, tuttavia, alla sfiducia andrebbe collegato l'obbligo di scioglimento del Parlamento, secondo il modello razionalizzato proprio delle autonomie locali, che ridà la parola al popolo sovrano. Una tale ipotesi sarebbe coerente con il fine della valorizzazione della sovranità popolare e preferibile anche all'istituto della sfiducia costruttiva, che finirebbe con l'imporre un'alternativa alla scelta del popolo.

La scelta dell'elezione diretta del Premier, in sostanza, comporta un riassetto nei suoi rapporti con tutti gli altri organi del sistema costituzionale anche se non toccati espressamente dalla riforma.

⁴ *Ibidem*, p. III.

Il ridimensionamento del ruolo del Presidente della Repubblica, come si accennava, non è scongiurato dalla conservazione in capo allo stesso di poteri, nei fatti, incoerenti col modello proposto.

Anche la nomina del Presidente eletto quale Presidente del Consiglio, come previsto dall'attuale testo costituzionale, finirebbe evidentemente con l'avere la natura di potere esclusivamente formale⁵.

Quanto alla nomina del parlamentare collegato al Presidente del Consiglio eletto, ove quest'ultimo sia dimissionario (art. 94 Cost., c. 5, nuova formulazione), da un lato, il Presidente della Repubblica ha poteri limitati rispetto a quelli oggi lui riconosciuti nella forma di governo parlamentare in fase di gestione di crisi governative, dall'altro è titolare di una discrezionalità incoerente col modello adottato: pur nella limitatezza della relativa scelta tra i parlamentari della coalizione di Governo, non potendo nominare né i parlamentari di opposizione né i non parlamentari (i famosi tecnici), non si comprende come possa giustificarsi, comunque, l'eventuale formazione di un Governo con un Presidente del Consiglio scelto dal Presidente della Repubblica in luogo del Presidente del Consiglio direttamente eletto dai cittadini.

La formula *simul stabunt simul cadent* tipica dei sistemi elettorali delle autonomie locali sarebbe certamente più coerente rispetto all'obiettivo di garantire la stabilità e, soprattutto, il rispetto della volontà popolare.

Quanto alla stabilità del programma di governo, più che del Governo, si possono nutrire dubbi tenuto conto della aleatorietà della sua nozione, esposto com'è ai condizionamenti del contesto di riferimento.

Quanto alla valorizzazione del ruolo del corpo elettorale, in realtà, con le scelte del d.d.l. sembrano proprio i partiti a riservarsi uno spazio di manovra considerevole in spregio del voto diretto degli elettori e, potenzialmente, costruendo abili strategie.

In effetti, appena dopo la formazione del Governo si potrebbe puntare alle dimissioni del Presidente del Consiglio eletto per sostituirvi un parlamentare collegato che porti avanti gli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia.

Intorno a tale soggetto potrebbero confluire *pezzi* di partiti non facenti parte della coalizione di maggioranza originaria, vigendo nell'ordinamento costituzionale italiano, com'è noto, il principio del divieto di mandato imperativo (art. 67 Cost.). Secondo tale prospettiva, la riforma in commento potrebbe addirittura minare la coesione degli schieramenti elettorali

⁵ *Ibidem*, p. III.

e incentivare il transfughismo e il trasformismo, piuttosto che impedirlo, come negli intenti dichiarati.

Alla luce di tali considerazioni, si comprende come i cambiamenti salvifici evocati di fatto non sono garantiti in quanto nulla può, nei fatti, la riforma costituzionale contro i ribaltoni né a favore del recupero della sovranità popolare mentre risultano sacrificate le prerogative del Presidente della Repubblica e del Parlamento che si vogliono far passare come intatte. Peggio che nel Gattopardo: cambiare non affinché nulla cambi ma affinché tutto possa anche peggiorare.

LA RIFORMA MELONI TRA LUCI, OMBRE E MARGINI DI MIGLIORAMENTO.

di Luca Longhi*

Il dibattito sulla riforma Meloni, appena entrato nel vivo, ha già visto pronunciarsi in pochi giorni numerosi esperti e commentatori, che, per l'eterogeneità dei punti di vista e delle estrazioni di provenienza, hanno assunto, come prevedibile, le posizioni più disparate, con diversi accenti e sfumature a seconda delle tesi formulate¹.

Dagli articoli apparsi in queste settimane sembra che tutto (e il suo contrario) sia già stato detto e scritto, il che significa, in primo luogo, che non si possono ricavare indicazioni univoche ed assolute in una materia che, per definizione, si presta ad interpretazioni plurime anche in base all'angolazione ideologica di riferimento.

Tuttavia, nel momento in cui gli addetti ai lavori sono chiamati ad esprimersi, contribuendo ad animare una discussione che ci accompagnerà ancora a lungo, è necessario che gli operatori giuridici non si sottraggano dalle responsabilità che competono loro ed accettino l'invito a confrontarsi nelle sedi scientifiche e divulgative, favorendo la circolazione delle idee, come nel caso del Forum meritoriamente promosso da questa Rivista².

Ecco, dunque, che, una volta ricostruite le opinioni che riempiono quotidianamente le rassegne stampa e formatosi un primo personale pensiero sulla questione, vale la pena di dire la propria, cercando un punto di vista originale, non tanto per una mera velleità di

* Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Pegaso.

¹ A titolo meramente esemplificativo e con tutte le diverse sfumature delle relative posizioni, si segnalano, tra gli Autori interpellati in articoli e interviste pubblicati in questi giorni che hanno espresso parere favorevole alla riforma, Celotto, Frosini, Giuffrè, Marini, Mazzaroli, mentre, tra gli Autori che hanno manifestato critiche o perplessità, a vari livelli o anche solo su singoli aspetti del testo, si segnalano Ainis, Amato, Armaroli, Cassese, Cheli, Clementi, Curreri, Lucarelli, Mone, Petrillo, Villone, Zagrebelsky. Questa notazione indicativa, che non può tenere conto della complessità delle opinioni formulate, viene riportata principalmente allo scopo di evidenziare la vivacità del dibattito scaturito nell'immediatezza della presentazione del ddl costituzionale.

² Inaugurato dall'editoriale di A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di Governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, seguito dal contributo di D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*.

stravaganza, quanto soprattutto per non ripetere invano concetti già noti, nell'auspicio di offrire al lettore nuovi piccoli spunti di riflessione.

Esaurita questa doverosa premessa, ritengo che finora non si sia dedicata adeguata attenzione ad alcuni profili che fanno da sfondo al disegno complessivo e che ne costituiscono, in qualche modo, i presupposti logici, oltre che delle possibili chiavi di lettura utili a comprenderne lo spirito.

Mi riferisco, in particolare, a due significativi precedenti che rappresentano certamente gli eventi più stravolgenti del diritto costituzionale di questi anni, passati, in un certo senso, inosservati o, quanto meno, poco considerati all'interno del dibattito pubblico: la riduzione del numero dei parlamentari³ e la rielezione (verificatasi per due volte consecutive) del Presidente della Repubblica.

Si tratta di due circostanze, a mio avviso, tutt'altro che indifferenti ai fini di una corretta valutazione dell'odierna riforma e delle finalità che si prefigge e che, a suo tempo, avrebbero reclamato forse una mobilitazione analoga a quella che si sta registrando in queste ore, sebbene, per motivi diversi, legati anche alle contingenze politiche del momento, ciò non sia poi avvenuto.

Alla luce di tali accadimenti, difatti, come si può parlare oggi in termini assoluti di indebolimento del Parlamento, in presenza di un'istituzione già svuotata per effetto di un drastico *taglio delle poltrone* (per richiamare il lessico dei promotori della riforma del 2020), che ci ha restituito l'immagine di aule desolate e, in quanto tali, private di una parte consistente dell'autorevolezza e del fascino anche visivo – elemento solo apparentemente banale – che prima le contraddistingueva?

Non sarebbe, quindi, la riforma in commento a depotenziare di per sé un organo già duramente intaccato nel proprio prestigio dalle ultime leggi elettorali e dalla crisi in atto dei partiti (con conseguente disaffezione diffusa alla politica)⁴, oltre che, per l'appunto, dalla riduzione del numero dei seggi.

Come si può sostenere, poi, che il ruolo del Capo dello Stato risulterebbe indebolito, se, viceversa, le incapacità della politica dell'ultimo decennio hanno sortito la soluzione estrema, dapprima inedita nello strumentario costituzionale, della sua rielezione (2013 e 2022), con la prospettiva attuale di una permanenza nella carica di quattordici anni, ovvero di un orizzonte temporale senza riscontri nell'intero panorama ordinamentale?

³ Per effetto della l. cost. n. 1/2020.

⁴ Su quest'aspetto, si veda A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare*, cit., p. 1.

In altre parole, non è tanto la figura del Capo dello Stato che rischia di finire ridimensionata dalla riforma proposta⁵, quanto piuttosto i recenti sviluppi politico-istituzionali del regime vigente ad aver fatto sì che giocasse – persino suo malgrado – una parte attiva di protagonista della scena per porre rimedio alle frequenti impasse parlamentari.

Ed anzi, l’attivismo manifestato dal Presidente della Repubblica nelle situazioni in cui gli è stato richiesto in questi anni ha rappresentato un’eccezione al normale funzionamento del sistema parlamentare piuttosto che il metro sul quale poter misurare ordinariamente l’ampiezza dei relativi ambiti di intervento.

In quest’ottica, l’abolizione dei senatori a vita di nomina presidenziale di cui all’art. 1 del ddl costituzionale, viste anche le non lusinghiere *performance* in termini di presenze comunemente riportate dai soggetti assurti alla carica, potrebbe essere ritenuta un’innovazione nient’affatto scandalosa⁶, ancorché attenga ad un aspetto per certi versi minore della vicenda⁷.

Il testo, in definitiva, più che mortificare le prerogative degli organi costituzionali, mira, pur con tutti gli elementi che potranno essere corretti in corso d’opera, a rendere più funzionale il rapporto tra esecutivo e legislativo, ricercando un nuovo equilibrio tra governabilità e rappresentanza, come già si era provato a fare, in maniere diverse e senza successo, in occasione dei precedenti tentativi di riforma del 2006 e del 2016.

Si può dire, anzi, che l’aver escluso la clausola *simul stabunt simul cadent* deponga nel senso di non voler marginalizzare il Parlamento, così come si può anche dire che il non essere andati ad incidere in maniera diretta sulle prerogative del Presidente della Repubblica dimostri pur sempre l’intenzione di non incrinare il posizionamento costituzionale (art. 87, co. 1 Cost.).

Tuttavia, proprio le soluzioni *compromissorie* sposate nel testo, se, da un lato, rivelano il proposito di preservare certi equilibri costituzionali, dall’altro, anche per la singolarità delle opzioni adottate, che non trovano una corrispondenza fedele in altri ordinamenti⁸,

⁵ Sulla possibile perdita di autorevolezza del Presidente della Repubblica in questo disegno, insistono, tra gli altri, Ainis su *La Repubblica* del 5 novembre 2023, che parla di “bi-presidenzialismo zoppo” e Amato su *La Repubblica* del 4 novembre 2023.

⁶ P. Armaroli, *Un premierato che non è un premierato*, su *La Ragione* del 4 novembre 2023, esprimendo un avviso negativo all’abolizione dei senatori a vita di nomina presidenziale, evidenzia, tuttavia, opportunamente di collegarne l’esercizio delle funzioni ai doveri prescritti dall’art. 54 Cost. Di avviso favorevole all’abolizione, tra gli altri, Frosini su *La Verità* del 6 novembre 2023.

⁷ Di quest’avviso, Celotto su *L’Identità* del 6 novembre 2023.

⁸ Si parla, difatti, di “premierato all’italiana” per evidenziarne le peculiarità e distinguerlo, ad esempio, dal modello inglese, così come anche dal cancellierato tedesco. In questi termini, A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza*, cit.

rappresentano delle incognite (già ampiamente illustrate dalla dottrina in questi giorni⁹) in previsione di una loro futura attuazione.

Le scelte operate negli artt. 3 e 4 del ddl costituzionale (elezione diretta del Presidente del Consiglio senza limiti di mandato¹⁰, scheda unica¹¹, turno unico¹², costituzionalizzazione del premio di maggioranza¹³, esclusione della clausola *simul simul*¹⁴, secondo Premier¹⁵ di estrazione parlamentare, norma c.d. anti-ribaltone¹⁶), guardano nella direzione del modello comunale¹⁷ che, nelle sue espressioni più riuscite, ha costituito l'esperienza democratica di maggior successo degli ultimi trent'anni nel Paese se non altro in termini di partecipazione e gradimento popolare e che, applicata alle elezioni politiche, varrebbe a consegnare ai cittadini uno scenario di certezza, condizione di per sé desiderabile, se si pensa, ad esempio, alla crisi istituzionale scaturita dal voto del 2018 e agli sviluppi che ne conseguirono.

In questo caso, il testo presenta almeno il pregio di risultare circoscritto a soli quattro articoli (59, 88, 92 e 94 Cost.), che, in vista di un eventuale referendum confermativo, lo rende senza dubbio comprensibile agli elettori, a differenza dei più compositi progetti Berlusconi e Renzi, che imponevano un voto unico a fronte di massicci pacchetti di norme, obbligando inevitabilmente l'elettore a forzare alcuni dei propri convincimenti per arrivare ad esprimere una preferenza unitaria nella grande varietà delle novelle proposte.

Pertanto, prima di addentrarsi nel clima arroventato di un'ipotetica interminabile vigilia referendaria, com'è nella tradizione italiana, e prima di cadere nell'errore metodologico di sovrapporre al ragionamento sulla riforma un sondaggio sul Governo in carica (o, peggio ancora, di provare a strumentalizzare la figura del Presidente della Repubblica, personalizzando le argomentazioni tecnico-giuridiche), occorre considerare nella sua complessità il contesto istituzionale venutosi a creare che induce legittimamente a perseguire lo scopo della governabilità, mai troppo apprezzato nella nostra storia

⁹ Si rinvia, a vario titolo, alle opinioni critiche richiamate nella nota 1.

¹⁰ Soluzione criticata, tra gli altri, da Ainis.

¹¹ Soluzione criticata, tra gli altri, da Zagrebelsky su *La Repubblica* del 5 novembre 2023.

¹² Soluzione criticata, tra gli altri, da Cassese su *La Stampa* del 5 novembre 2023, Cheli su *La Stampa* del 4 novembre 2023, Ceccanti su *Il Corriere della Sera* del 9 novembre 2023, Curreri su *L'Unità* del 5 novembre 2023.

¹³ Soluzione criticata, tra gli altri, da Lucarelli su questa *Rivista*, anche in riferimento alla giurisprudenza costituzionale, e Petrillo su *Il Fatto Quotidiano* del 5 novembre 2023.

¹⁴ Soluzione criticata, tra gli altri, da Frosini, pur nel contesto di una valutazione sostanzialmente favorevole della riforma e da Mone, muovendo da una prospettiva diversa.

¹⁵ Soluzione criticata, tra gli altri, da Villone su *Il Manifesto* del 5 novembre 2023.

¹⁶ Sulla quale, si vedano i rilievi critici, tra gli altri di Lucarelli su questa *Rivista*, che inducono l'A. a parlare di "tirannia della maggioranza parlamentare".

¹⁷ Sebbene non si sia ritenuto, nel caso di specie, di aderire appieno allo schema del c.d. *Sindaco d'Italia* (a cominciare dalla previsione di un turno unico).

repubblicana (con ben 68 governi in 75 anni!), individuando se possibile una ricetta più efficace rispetto a quelle che hanno trovato finora applicazione.

Di conseguenza, un'analisi serena della riforma, fermi restando i margini di miglioramento sui quali sicuramente si avrà modo di intervenire nei prossimi mesi, dovrà tenere da conto il quadro di partenza descritto, che consiglia per il futuro del Paese di cercare di valorizzare gli obiettivi della stabilità e della governabilità sottesi al disegno di legge costituzionale.

In conclusione, la riforma, pur con gli opportuni adattamenti di un testo perfettibile, andrà valutata nella cornice degli avvenimenti degli ultimi anni, già destinati a mutare i precedenti equilibri costituzionali, cercando di abbandonare, per tutti i motivi osservati, un atteggiamento sterile di conservatorismo fine a sé stesso ed esaminando i rapporti di forza in una dimensione necessariamente evolutiva, alla ricerca di assetti istituzionali più moderni e funzionali.

IL PREMIERATO E I SUOI NEMICI.

di Tommaso Edoardo Frosini*

XVII

1. Parto da una premessa che, credo, tutti potranno condividere: non esiste una forma di governo perfetta e come tale riproducibile in ogni dove. Già il concetto stesso di “forma di governo” è una intuizione della dottrina costituzionalistica, che si è diffuso in giro per il mondo (in inglese, però, non è traducibile). Siamo noi costituzionalisti che ci siamo a lungo impegnati nel trovare una definizione per spiegare cosa è una forma di governo, per poi concludere che è la dinamica dei rapporti che si instaurano fra i poteri dello stato, in particolare legislativo ed esecutivo. Il tema *forme di governo* è stato tra i più frequentati dagli studiosi, questo ha prodotto un eccessivo interesse, che ha dovuto confrontarsi e scontrarsi anche con l’effettività della politica. È quello che ho chiamato “il discreto fascino delle forme di governo” (in *Rass. Parl.*, n. 3/2021). Non si può capire né spiegare il funzionamento di una forma di governo se non la si contestualizza nello scenario di un sistema politico. Il tasso di politicità della forma di governo è molto elevato, al punto che condiziona, inevitabilmente, il dibattito sul modello di quale forma di governo ognuno vorrebbe per il proprio sistema costituzionale. Ormai il catalogo è ampio, caratterizzato non più soltanto da quella parlamentare e quella presidenziale, piuttosto da diverse e complesse ibridazioni delle due, a partire dal semipresidenzialismo. Le forme di governo nascono, si sviluppano e si trasformano sulla base di esigenze politico-istituzionali. L’esempio migliore che si può fare, in questo caso, è il semipresidenzialismo. Nato per volontà di De Gaulle, si è modificato, per diventare nel tempo, a seconda delle diversificazioni politiche, prima semi-parlamentare poi iper-presidenziale, sempre a costituzione invariata.

2. Come era prevedibile, la presentazione del progetto di riforma costituzionale della forma di governo del premierato ha innescato una serie di critiche da parte di costituzionalisti, come quelle che Alberto Lucarelli ha esposto su questo *Forum*, con una serie di serie argomentazioni, che però non mi persuadono (la mia posizione la si può leggere su

* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

Federalismi del 7 giugno 2023, e poi su *Rass. Parl.*, n. 1/2023). I critici hanno insistito sulla norma *anti ribaltone*, prevista nel progetto, sostenendo, addirittura, che questa è la madre dell'antiriforma. I più allarmati si sono mostrati timorosi che l'introduzione del sistema di premierato potrebbe portare a minacciare il funzionamento del sistema democratico. Insomma, un esercizio collettivo di *pars destruens*, che caratterizza l'atteggiamento che da oltre trenta anni si ha sulle riforme costituzionali: tutti ne parlano, tutti le vogliono e poi, al momento del dunque, gli tirano le pietre. Dimenticando la cronica instabilità governativa, il numero esponenziale di governi che si sono susseguiti negli anni, e durante la stessa legislatura, che è riassumibile in una efficace formula, coniata da un politologo americano (G. Di Palma), molti anni or sono: l'Italia *sopravvive senza governare*. Oggi non è più davvero possibile sopravvivere senza governare. In Italia, in Europa e in giro per il mondo. Per ragioni sociali, economiche e istituzionali. In un sistema ideale, sarebbe stato bello se l'opposizione avesse detto: votiamo questa riforma e poi troveremo un candidato *premier*, che gli italiani vorranno eleggere. Invece, ci attende una propaganda contro la riforma, mascherata anche da tecnicismi costituzionali ma finalizzata a mettere in crisi il governo e la sua maggioranza. Non si pensa in positivo ma sempre e solo in negativo. C'è un'alternativa al premierato? Nei paesi di democrazia stabilizzata, cosa fa l'opposizione? Organizza subito un progetto alternativo. Perché non gli piace quello della maggioranza e quindi ne sottopone ai cittadini uno diverso, ritenuto più adatto e più rispondente alle esigenze del paese. Al di là di qualche fugace battuta sul cd. *cancellierato* alla tedesca, non pare di vedere disegni di legge compiuti, provenienti dalle opposizioni, che propongano una diversa forma di governo rispetto al premierato. Tempo addietro, buona parte di quella che oggi è opposizione simpatizzava per il semipresidenzialismo. Il che vorrebbe dire una forma di governo che stravolgerebbe la nostra costituzione, cambiando tutti gli equilibri costituzionali, a cominciare dal Presidente della Repubblica. Il quale, invece, non subisce nessuna modifica nel progetto governativo. Financo il potere di scioglimento che, a mio avviso, sarebbe stato meglio attribuirlo al presidente del consiglio. Visto che poi è lui, oggi, che controfirma il decreto di scioglimento, il quale è un atto duumvirale, cioè condiviso tra capo dello stato e presidente del consiglio.

3. Sinteticamente, qualche cenno sul progetto governativo. Che ha l'obiettivo, piaccia oppure no, di cercare di garantire la governabilità, attraverso un governo, e il suo vertice, dalla durata certa e stabile, scelto e votato dai cittadini, di fronte ai quali è responsabile per

l'intero mandato quinquennale. Si tratta di un tentativo, l'ennesimo dopo tanti anni di propositi di riforma falliti, di provare a dare all'Italia quello che si è sempre desiderato e mai riuscito a ottenere: la governabilità. Cioè, un sistema istituzionale in cui il governo faccia quello che deve fare, governare per attuare il programma di indirizzo politico. Un sistema istituzionale, poi, in cui il popolo può davvero esercitare la sovranità di cui è titolare, attraverso il voto sia per la rappresentanza di governo che per quella parlamentare. È questo un aspetto importante, troppo spesso trascurato: la costituzione, all'art. 1, afferma che la sovranità appartiene al popolo ma poi, nel concreto, il titolare non è davvero messo in condizione di esercitarla. Con l'elezione diretta, come già avviene per i sindaci e i presidenti di regione, il popolo può essere sovrano nell'esercizio pieno del diritto di voto, quale piena e autentica manifestazione di democrazia.

Il progetto governativo individua in una legge elettorale con il premio di maggioranza, assegnando il 55 per cento dei seggi nelle Camere, la soluzione che favorirebbe il formarsi di una maggioranza garantita alle liste che sostengono il primo ministro eletto. Se così non fosse, il rischio sarebbe di ripetere la sfortunata esperienza israeliana, che aveva l'elezione diretta del primo ministro ma con un sistema elettorale proporzionale, che ne decretò la sua fine per instabilità parlamentare. Le technicalità operative del sistema elettorale verranno poi previste e specificate con legge ordinaria (tenendo a mente, sul punto, le pronunce della Corte costituzionale).

Vi è poi, nel progetto, la cd. *norma anti ribaltone*: nel caso di cessazione dalla carica del primo ministro, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico a un parlamentare appartenente alla stessa maggioranza che ha sostenuto il primo ministro eletto seppure cessato. Qui si può evidenziare una certa incoerenza con l'elezione diretta. Nel senso che il governo nasce dal voto popolare insieme al parlamento e deve durare lo stesso mandato: *simul stabunt, simul cadent*, come si dice con formula latina. Perché il governo deve essere di legislatura e quindi legato e collegato alla durata di essa. Il parlamento può votare la sfiducia al governo e così facendo torna al voto popolare per essere rieletto insieme al primo ministro. Così come il primo ministro dovrebbe avere la facoltà di proporre lo scioglimento anticipato in caso di crisi.

4. Non bisogna dimenticarsi che il progetto governativo di riforma costituzionale dovrà affrontare un lungo e complesso *iter* parlamentare, come prescritto dall'art. 138 della costituzione. E che non sarà esente, si spera, da emendamenti migliorativi e correttivi. Il

progetto però già gode di un *favor* da parte di una parte dell'opposizione, e cioè *Italia Viva* di Matteo Renzi, che ha presentato un disegno di legge costituzionale quasi identico. Se l'attuale maggioranza saprà aggregare altri parlamentari al voto finale, per ottenere il *quorum* costituzionale, allora la riforma si consoliderà nella sede deputata alla revisione costituzionale, e cioè il Parlamento. Altrimenti, vorrà dire che si andrà al *referendum* confermativo, senza timori di sorta. E senza la sindrome del precedente (cioè i due *referendum* già bocciati dagli elettori). Con una domanda chiara e semplice: vuoi tu cittadino eleggere il capo del governo nazionale, così come eleggi, da trenta anni, il capo del governo comunale e regionale? Se i cittadini vorranno rispondere a maggioranza *no*, allora sarà chiuso definitivamente qualunque proposito di riforma costituzionale. Sebbene la costituzione continua, nell'indifferenza anche di chi la ama, a essere cambiata. Negli ultimi tre anni ben sei volte. Financo un articolo, il 9, posto tra i principi fondamentali, che dovrebbero essere immodificabili.

TRA PREMIERATO E POSSIBILE JACKPOT SYSTEM. L'IDEA DI DEMOCRAZIA SOTTESA ALLA PROPOSTA DI RIFORMA COSTITUZIONALE.

di Marco Ruotolo *

XXI

1. Nel suo *Editoriale*, Alberto Lucarelli ha messo in luce i vari problemi tecnici che suscita il testo di riforma costituzionale concernente la nostra forma di governo. Se ne è cominciato a discutere soprattutto, ma non soltanto, su due punti essenziali: la previsione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio con l'imposizione di un sistema elettorale disciplinato dalla legge ordinaria «in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 per cento dei seggi nelle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei Ministri»; l'obbligato conferimento dell'incarico, in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, allo stesso Premier dimissionario o «a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia».

In questo modo, ad una potenziale alterazione sostanziale dell'eguaglianza del voto a destinazione, esito dell'obbligato meccanismo distorsivo del sistema di sua traduzione in seggi, si accompagnerebbe un paradossale potenziamento del ruolo del *secondo* Presidente del Consiglio eventualmente nominato, essendo prescritto che, ove questo cessi dalla carica, «il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere» (soluzione che non sarebbe invece obbligata dalle eventuali dimissioni del *primo* eletto). Al curioso esito cui potrebbe condurre l'applicazione della norma c.d. antiribaltone si accompagna l'originaria e ricordata previsione di un inaudito premio di maggioranza (55% dei seggi) non sostenuto dalla necessità del raggiungimento di una soglia minima di voti.

2. Stando al testo della proposta di riforma, la legge elettorale dovrà dunque essere concepita in modo da *garantire* il 55% dei seggi alla coalizione *vittoriosa* che sostiene il

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Roma Tre.

candidato Presidente del Consiglio. Difficile arrivare a questa soluzione senza smentire ciò che la Corte costituzionale ha affermato nella sent. n. 1/2014. Se si stabilisce in Costituzione la necessità di *garantire* il 55% dei seggi, allora si dovrebbe prevedere nello stesso testo una ragionevole soglia di voti minimi per competere all'assegnazione del premio con eventuale ballottaggio tra i candidati qualora al primo turno nessuno abbia raggiunto la maggioranza assoluta dei voti espressi. Invece queste opzioni sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, che però, ove non le prevedesse, provocherebbe la violazione di altri principi costituzionali fondamentali (addirittura *supremi*) connessi all'esigenza di assicurare una rappresentanza democratica.

Come ha scritto già la Corte costituzionale nel 2014, l'attribuzione di un premio senza soglia minima (prevista dall'allora vigente legge elettorale) determina una «compressione della funzione rappresentativa dell'Assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente». La Corte la qualifica come «un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto» stabilito dall'art. 48, c. 2, Cost. In termini non troppo distanti si era espresso anche il *Conseil constitutionnel*, sottolineando come l'esigenza di assicurare una maggioranza stabile e coerente non possa mai tradursi in una *sproporzionata* lesione dell'eguaglianza tra elettori e tra candidati, idonea a violare il principio del pluralismo delle idee e delle opinioni.

Come fare, allora, per contemperare le diverse esigenze? Il nuovo art. 92 Cost. sembrerebbe indirizzare verso la strada del *jackpot system*, che, come è noto, si caratterizza per un premio a quota variabile tale da assicurare la maggioranza parlamentare ad una delle forze in campo (lista o coalizione), con eventuale doppio turno. È un sistema che può produrre un'alterazione della composizione della rappresentanza democratica ancora più profonda di quella generata dall'attribuzione del premio di maggioranza in quota fissa (*bonus system*), che, attribuendo un *surplus* di seggi numericamente predeterminato alla lista più votata, non è detto garantisca il raggiungimento della maggioranza assoluta.

Il modello elettorale potrebbe essere quello della Repubblica di San Marino, ove almeno 35 dei 60 seggi del Consiglio Grande e Generale sono assegnati alla coalizione o alla lista vittoriosa. Per arrivare a garantire questo esito la legge elettorale sanmarinese prevede un sistema proporzionale, ma con l'introduzione di un doppio turno che trova applicazione

qualora al primo turno nessuna delle liste o coalizioni raggiunga la maggioranza assoluta dei voti espressi. In tale ultima ipotesi, si procede, infatti, a ballottaggio tra le due liste più votate. La ripartizione dei seggi avviene con sistema proporzionale sia al primo che al secondo turno, ma se la lista o coalizione vincitrice non ottiene così i 35 seggi (58,33%) scatta il premio di stabilità che consente il raggiungimento degli stessi.

Ammesso che si voglia guardare a questo *modello* – che peraltro si inserisce in un sistema, quello sanmarinese, che non prevede l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, ma che comunque significativamente vieta, in caso di crisi di governo, la formazione di nuove maggioranze cui partecipino forze politiche diverse da quelle che hanno vinto le elezioni – le riserve sulla *importazione* sarebbero in ogni caso consistenti, a partire dal problema della sua idoneità per superare lo “scoglio” indicato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 1/2014, poiché la così consentita «distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi» potrebbe assumere «una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto», ovvero superare la *soglia di tollerabilità* alla quale quella decisione fa riferimento.

3. Ma la riflessione sulla riforma non può ridursi ai *tecnicismi elettorali* che potrebbero discendere dalla sua approvazione, né limitarsi a considerazioni su possibili correttivi che potrebbero scaturire all'esito del dibattito parlamentare. Anche perché questi ultimi difficilmente potrebbero fuoriuscire dalle coordinate *ideali* indicate dai proponenti, che per raggiungere l'obiettivo della «democrazia decidente» considerano il voto strumento esclusivo per la legittimazione di un potere che tende a non avere limiti.

Come ho avuto modo di scrivere su *La Stampa* il 13 novembre 2023, l'idea di democrazia che si trae dalla Costituzione repubblicana è un'altra, così come quella di sovranità, che – basta rileggere l'art. 1 – appartiene al popolo e non emana da esso, non si esaurisce, insomma, in una delega ad altri (i rappresentanti) con l'espressione del voto e comunque si «esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

La imposta formazione di una solida maggioranza parlamentare, a prescindere dalla consistenza del consenso elettorale, rafforza la parte che esce *vittoriosa* dalle urne, non certo il Parlamento come istituzione in cui dovrebbero trovare spazio e rappresentanza le diverse posizioni presenti nel Paese. Se si considera la sempre più scarsa affluenza alle urne e l'assenza di una struttura politica bipartitica o almeno bipolare, non è difficile, infatti, prevedere che una sparuta minoranza possa divenire maggioranza in Parlamento, perché la

lista o la coalizione più votata, in quanto collegata al Presidente del Consiglio *vincitore*, otterrà comunque il 55% dei seggi.

È un'alterazione intollerabile del principio rappresentativo, un'inaccettabile torsione del concetto stesso di democrazia che mette in discussione il principio base del costituzionalismo, che sta nel limitare il potere a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti. La riforma intende proprio facilitare l'esercizio del potere, renderlo più forte, facendo leva sulla sua legittimazione popolare, ancorché la stessa si fondi – come più volte affermato – su un meccanismo fortemente distorsivo nella traduzione dei voti in seggi.

Di questo, a mio giudizio, si deve anzitutto discutere, riflettendo sulle implicazioni che lo *sgritolamento* del concetto di limite potrà avere sul ruolo delle istituzioni di garanzia sempre più esposte, in caso di decisioni sgradite al potere, proprio all'obiezione di non essere legittimate dal voto dei cittadini. Si potrà rafforzare, così, un argomento da sempre utilizzato, che è espressione dell'ontologica insofferenza del potere alle forme di controllo sulle proprie decisioni. Ma sono proprio i *limiti* e le istituzioni deputate a farli osservare che rafforzano la democrazia, la qualificano come democrazia costituzionale, impedendo che la stessa si riduca a mero dominio di una contingente maggioranza. È questo che le costituzioni contemporanee pretendono, disegnando un potere che non è mero arbitrio, bruta forza, pura rappresentazione di egemonia, ma espressione di consenso, condivisione, cooperazione nell'interesse comune.

Il costituzionalismo non nega il potere, essenziale per una convivenza ordinata, ma pretende che la sua legittimazione sia esito di disciplina, divisione, separazione al già ricordato fine di garantire i diritti di ciascuno e di tutti. Nella piena consapevolezza – già illustrata da Montesquieu – per cui chi è in possesso del potere è portato ad abusarne e si ferma soltanto se incontra un altro potere che lo blocca o lo frena, avendo i titoli formali e la forza sostanziale per farlo.

È significativo che nel progetto di riforma non si proponga la revisione dei *quorum* per l'elezione dei componenti delle istituzioni di garanzia, pensati dal Costituente avendo in mente un sistema proporzionale puro, in modo da imporre necessariamente la partecipazione attiva alla singola scelta anche da parte delle opposizioni. In assenza dell'elevazione degli stessi, non sarà difficile per una contingente maggioranza *conquistare* la Corte costituzionale, eleggere il proprio Presidente della Repubblica, formare un CSM compiacente. Già oggi non è più così difficile, essendoci da tempo allontanati dall'opzione per un sistema prevalentemente ed effettivamente proporzionale, ma domani potrebbe

essere molto facile. Sarebbe l'ultimo tassello perché la persona sola al comando e la sua fedele maggioranza parlamentare possano agire indisturbati. È questo probabilmente il reale obiettivo, ma è proprio ciò che la Costituzione repubblicana non vuole e che il costituzionalismo stesso ripudia, imponendo una separazione dei poteri che non può ridursi a preminenza dell'uno sull'altro.

Anche i precedenti, falliti, tentativi di riforma ponevano sul tappeto il tema della concentrazione dei poteri in un unico vertice. Ed è questa, pure oggi, la questione centrale, enfatizzata dall'opzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri. Siamo disposti a ridurre la sovranità popolare a mera delega al potere, esito di un voto che peraltro si rivelerebbe davvero *utile* soltanto nella misura in cui convergesse sul Presidente eletto e sulle liste che lo sostengono?

LA RETORICA DEL CAPO ALLA PROVA DELLA BLINDATURA DEL SISTEMA ELETTORALE.

di Claudio De Fiores*

XXVI

Dopo mesi di attesa, il governo ha *finalmente* presentato il suo disegno di legge sul premierato: un progetto confuso, contraddittorio, denso di ambiguità. Ma allo stesso tempo particolarmente insidioso, perché destinato a rivelarsi veicolo e collettore di una crisi democratica già grave e che l'eventuale irruzione dell'*uomo di fiducia di tutto il popolo* (schmittianamente inteso) non può che acuire ulteriormente.

D'altra parte, per far fronte alla crisi della democrazia non vi è che una soluzione: alimentare i canali della partecipazione politica e immettere nel sistema più democrazia. E questo avrebbe voluto dire: rafforzare i luoghi della rappresentanza (mettendo mano al bicameralismo: un sistema ormai virtuale e sempre più mortificato nelle sue funzioni); dare vita a un ordinamento elettorale in grado di esprimere e rappresentare la plurale articolazione politica del Paese (proporzionale); sperimentare nuove forme di legittimazione parlamentare dei governi (sfiducia costruttiva). Insomma, provare a ripristinare la centralità del Parlamento.

Di converso, scansata con disprezzo ogni ipotesi finalizzata a rafforzare il pluralismo politico e sociale nel Paese, a prendere oggi corpo, tra i banchi del governo, è un'altra soluzione: la *reductio ad unum* del sistema.

I suoi contenuti li abbiamo recentemente appresi dal disegno di legge costituzionale n. 935: blindare il vertice dell'esecutivo, marginalizzare ulteriormente le assemblee politiche, erodere il ruolo degli organi di garanzia costituzionale. Favorire, insomma, le condizioni per l'innesto di un governo del capo. Gramsci era solito definire un siffatto approdo: *cesarismo regressivo*. Intendendo con questa definizione una forma di governo del capo che può esistere *anche senza un cesare, senza una grande personalità "eroica"*.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

È questa l'opzione oggi perseguita dalla destra di governo per traghettare il Paese verso un'altra Repubblica. Le soluzioni sono quelle di sempre: comprimere il ruolo del Parlamento, esautorandone anche le elezioni per far spazio al plebiscito del capo.

D'altronde, questa destra, alla retorica del capo non ha mai inteso rinunciare. L'elezione diretta è nel suo dna. Lo è sempre stata, sin dalle prime legislature della Repubblica. A ispirarne le ragioni, già negli anni Cinquanta del secolo scorso, era stato Carlo Costamagna: giurista di punta del fascismo e poi critico inflessibile della Costituzione repubblicana, da questi ritenuta una *costituzione acefala*. Cioè senza un capo.

Il disegno di legge sul premierato, invece, un capo lo prevede. Un capo, pressoché, indiscusso e il cui governo non potrà essere rovesciato. Nemmeno da un voto parlamentare. E questo perché, anche a fronte di un vistoso fallimento delle sue capacità di governo e delle sue politiche, queste continueranno provvidenzialmente a vivere, grazie alla contestuale assunzione dei poteri di governo nelle mani di *un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto* e al quale spetta ora il compito di operare in sua vece *per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia*.

Di qui il tentativo, quantomai smodato, di blindare la durata degli esecutivi e, attraverso essi, l'intera legislatura. In siffatte condizioni, ai parlamentari di maggioranza non resterebbe, pertanto, altra soluzione che voltare le spalle al divieto di mandato imperativo (art. 67 Cost.) e inchinarsi remissivamente alla volontà del governo e del suo capo. Quel capo che li ha voluti e designati. E tutto ciò grazie ai singolari meccanismi di selezione verticistica del ceto politico, fino a oggi assicurati dalle leggi elettorali. Meccanismi che l'attuale riforma si guarda bene dal mettere in discussione, anche perché funzionali alle logiche del capo.

Siamo, in definitiva, al cospetto di un'opzione istituzionale anomala (l'elezione diretta del premier) che non ha riscontri nel diritto comparato. E non perché ignota alla storia costituzionale, ma perché inidonea a funzionare (come la vicenda israeliana ha rovinosamente dimostrato).

A fronte di fibrillazioni politiche del sistema e di crisi che investono il vertice dell'esecutivo solo due sono le soluzioni costituzionalmente perseguibili. Nei regimi a vocazione presidenziale si torna al popolo. Nelle forme di governo parlamentari si torna al parlamento, al fine di verificare, attraverso appositi istituti a tal fine congeniati (la sfiducia costruttiva o il supporto attivo degli organi di mediazione politica o altro ancora), se

esistono le condizioni per formare una nuova maggioranza di governo. Senza se, senza ma. E, soprattutto, senza preclusioni politiche di sorta.

Di converso, la prevista introduzione di una norma antiribaltone, così come avanzata dal governo, rischia oggi di aggiungere confusione a confusione, all'interno del già fatiscante percorso di revisione costituzionale prospettato.

Un percorso non solo contraddittorio, ma anche rozzo. Perché rozza è la soluzione – in esso contenuta – di scansare le censure di incostituzionalità, facendo ingurgitare al testo della Costituzione un premio di maggioranza pari al 55%, assegnato su base nazionale (a questo punto, mi chiedo anche che ne è dell'art. 57 che prevede che l'elezione del Senato della Repubblica debba avvenire su base regionale).

Le conseguenze che rischierebbe di innescare questo sistema elettorale – farraginoso, selettivo e, per di più, senza soglia di scatto – non sono di poco conto. Se fino a oggi si è detto che le distorsioni costituzionali dell'ordinamento sono, in gran parte, l'esito morboso della pressione esercitata dalla legge elettorale sul sistema. E se si è, da più parti, criticato il funzionamento delle regole elettorali, per aver trasformato istituti e organi di garanzia in variabili dipendenti delle maggioranze di governo, domani – rischiamo – di non poterlo più nemmeno dire. E, soprattutto, di non poter più fare nulla. Questo perché la riforma, blindando il sistema elettorale, punta ad assegnare costituzionalmente al capo del governo e alle forze che lo sostengono: il potere di revisione, l'elezione del Presidente della Repubblica, dei Giudici costituzionali, dei Presidenti delle Camere. Certo – si potrebbe obiettare – anche in caso di approvazione della revisione sarà sempre possibile modificare il sistema elettorale. Ma per farlo – è bene ribadirlo – la strada sarà (come mai) in salita, essendo necessario attivare il procedimento lungo e aggravato previsto dall'art. 138 della Costituzione.

Vi è però un dato che, in questo contesto, appare opportuno rilevare. Nel 2014, il giudice delle leggi ha severamente censurato il premio di maggioranza, ritenendolo «foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa, in quanto consente ad una lista che abbia ottenuto un numero di voti anche relativamente esiguo di acquisire la maggioranza assoluta dei seggi. In tal modo si può verificare in concreto una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assume una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto» (Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014).

Si tratta di un passaggio cruciale di quella sentenza, con il quale la Corte ha inteso (espressamente ed implicitamente) menzionare quelli che sono i principi costituzionali della democrazia politica: libertà del voto, principio di eguaglianza, pluralismo politico, diritti delle minoranze. Principi supremi, che nessun potere costituito – non il governo e neppure il potere di revisione – potrebbero mai scalfire, intaccandone la forza politica e normativa: sarebbe opportuno che chi opera a difesa della Costituzione lo facesse, quanto prima, presente al Parlamento.

UNO VALE TUTTI. CONSIDERAZIONI CRITICHE (A PRIMA LETTURA) SUL D.D.L PREMIERATO.

di Michele Della Morte *

XXX

Il mese scorso, a distanza di un anno dalla sua entrata in carica, il Governo Meloni, su proposta del Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione amministrativa ha approvato il d.d.l di revisione costituzionale recante: *Introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri e razionalizzazione del rapporto di fiducia* che si propone di modificare – in termini radicali – la forma di governo parlamentare italiana. Di per sé, la presentazione dell'atto non stupisce più di tanto. Le riforme rappresentano, infatti, un punto essenziale dell'agenda di governo, come confermato, nei mesi scorsi, dalle ripetute dichiarazioni del Ministro Calderoli, determinato a difendere il suo contestato progetto di autonomia differenziata e della stessa Presidente del Consiglio Meloni che, all'indomani della vittoria elettorale, ha affermato che avviare la revisione della Carta costituzionale, in virtù di un presunto mandato popolare, rappresenta per il Governo un *dovere*.

La volontà espressa in questi ultimi giorni dalla stessa Giorgia Meloni di chiudere la stagione pentastellata dell'*uno vale uno* rappresenta, al riguardo, un'indicazione preziosa per comprendere il disegno che fonda la sua proposta di riforma. Al di là dell'enfasi riservata al principio del *merito* – sul quale molto ci sarebbe da dire – la soluzione prefigurata sembra preordinata ad affermare il principio opposto, fondato sulla premessa per la quale *uno vale tutti*.

Proprio in tal senso, l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio – che nessun altro Paese adotta – si propone come atto terminale di forze partitiche interessate unicamente alla propria auto-conservazione; un sistema che, a partire da un dato periodo, ha scelto consapevolmente di proiettare sulla Costituzione la propria stessa crisi, al fine di non fare i conti con le ragioni profonde della propria fragilità, come acutamente ha

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università del Molise.

osservato, in un saggio recente e stimolante, Enzo Cheli¹. Forze politiche che deliberatamente e da lungo tempo hanno rinunciato al loro ruolo di mediazione sociale e che oggi intendono, al fine di espiare le loro molteplici colpe, convincere gli italiani che il nodo da sciogliere sia proprio lì, nelle disposizioni di quella Carta che, contrariamente, anche in virtù dell'opera di interpretazione della Corte costituzionale, spesso chiamata a supplire le lacune della politica, ha continuato a garantire pluralismo politico-sociale e sviluppo dei diritti in un Paese che ha contribuito in modo decisivo ad unire nel segno del patto costituente. Per quanto il comunicato (n. 57) della Presidenza del Consiglio del 3 novembre scorso dichiara che la riforma segua un criterio *minimale* di modifica della Costituzione vigente, operando in continuità con la tradizione costituzionale e parlamentare italiana e preservando al massimo grado le prerogative del Presidente della Repubblica, ritenuto *figura chiave dell'unità nazionale*, il suo articolato rivela esattamente l'opposto. La “madre di tutte le riforme” si basa, infatti, sull'elezione a suffragio universale diretto del Presidente del Consiglio per una durata di cinque anni, senza alcun limite di mandato. L'art. 3, terzo comma, del disegno di revisione (modifica dell'art.92 Cost) dispone, nella sua ultima versione, che le votazioni per l'elezione del Presidente del Consiglio e delle due Camere avvengano «contestualmente» (è sparito il riferimento, presente nella precedente bozza, all'unica scheda elettorale) e che la legge disciplini il sistema elettorale delle Camere, *secondo i principi di rappresentatività e governabilità*, in modo che un premio, assegnato su base nazionale, assicuri ai candidati e alle liste collegate al Presidente del Consiglio dei ministri, il 55 per cento dei seggi in entrambe le Camere. La proposta dispone, ancora, che il Presidente del Consiglio debba essere eletto nella Camera nella quale ha presentato la sua candidatura e che il Presidente della Repubblica sia tenuto a conferire al Presidente del Consiglio dei ministri eletto l'incarico di formare il Governo e a nominare, su proposta del Presidente del Consiglio, i ministri (che dunque il Presidente eletto non può nominare né revocare).

Il successivo articolo 4 del disegno di legge completa il quadro. Il terzo comma dell'art.94 Cost. è sostituito dal seguente: «entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia. Nel caso in cui non venga approvata la mozione di fiducia al Governo presieduto dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora anche

¹ Cfr. E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023.

quest'ultimo non ottenga la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere». Dopo l'ultimo comma è, infine, aggiunto il seguente: «in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è *stato candidato* in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto *ha ottenuto* la fiducia delle Camere».

2. La prima impressione che si ricava dalla lettura del testo è di forte preoccupazione per le sorti della democrazia parlamentare; turbamento che riflette la tensione che dovrebbe assalire chiunque voglia continuare a considerare il Parlamento come organo espressivo della rappresentanza democratica. La volontà di ingabbiare la dinamica politica relativa alla formazione ed al conseguente svolgimento dell'azione di governo rischia, infatti, di produrre vincoli disfunzionali che lo stesso sistema non sarebbe più in grado di assorbire e, di conseguenza, superare.

Tra questi, in queste poche pagine, ne segnaliamo alcuni, tra loro correlati.

a) Al contrario di quanto vorrebbero far intendere le dichiarazioni del Presidente del Consiglio, la figura del Presidente della Repubblica risulterebbe severamente ridimensionata a seguito della riforma. La compressione, diretta ed indiretta, delle prerogative di cui dispone in base alla Costituzione, indica, nel complesso, la volontà di fare a meno di una funzione stabilizzatrice esterna al circuito Governo-elettori, con grave pregiudizio della collaborazione tra poteri che, a sua volta, è presupposto e funzione della loro divisione. Quale esito dell'elezione diretta, la prassi delle consultazioni, collegata alla funzione di direzione del processo di formazione del Governo, sin dalle sue fasi iniziali, sarebbe inevitabilmente travolta dalle nuove regole, dovendo il Capo dello Stato limitarsi a prendere atto della volontà espressa dal popolo tramite l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, conferendo a questi l'incarico e nominando i Ministri, su proposta dello stesso Presidente del Consiglio eletto. L'elezione diretta comporta, inoltre, la trasformazione del voto di fiducia, elemento caratterizzante – come si insegna agli studenti – della forma di governo parlamentare, costituendo il presupposto della farraginoso dinamica conseguente al possibile venir meno di quella. Nell'ipotesi di mancata fiducia iniziale – altamente improbabile, considerata la connessione tra premio di maggioranza ed elezione diretta – il Capo dello Stato, ai sensi della proposta, non potrà far altro che

rinnovare l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo (si deve ipotizzare composto da nuovi ministri), ai fini di una nuova votazione delle Camere. In caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, la riforma prevede che il Presidente della Repubblica possa conferire l'incarico di formare il Governo solo allo stesso Presidente del Consiglio dimissionario o a *un altro parlamentare candidato in collegamento al Presidente eletto*, che non potrà far altro che attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto – ma cessato dalla carica – ha ottenuto la fiducia delle Camere. Qualora il nuovo Governo non ottenga la fiducia delle Camere e in tutti gli altri casi di cessazione dalla carica del *secondo* Presidente, il Capo dello Stato *dovrà* procedere allo scioglimento delle Camere. Si tratta, in tal caso, della famigerata disposizione *antiribaltone*, che, nella prospettiva di fare piazza pulita dei cambi di maggioranza, di governi tecnici e quant'altro, non tiene conto della fenomenologia politica, del dato storico, delle caratteristiche inevitabilmente flessibili e dinamiche dei modelli parlamentari e degli stessi partiti che quei sistemi caratterizzano. Valga, al riguardo, l'insegnamento di Sartori, il quale ricordava che “nella teoria e nella prassi dei sistemi parlamentari non esiste né il problema né il divieto del ribaltare. Vale a dire, nel parlamentarismo è sempre consentito scomporre, ricomporre e anche ribaltare una maggioranza di governo”, come dimostra la stessa esperienza costituzionale inglese, nel cui ambito – come ha dimostrato con maggiore evidenza la prassi degli ultimi anni – il ricorso alle urne ha costituito “un’ultima e dannatissima ipotesi”². Se si conviene con tale ragionamento, diviene allora evidente che l’approvazione di una disposizione siffatta determinerebbe la crisi, forse definitiva, del parlamentarismo razionalizzato ed il probabile avvio dello *staffettismo*, altrettanto razionalizzato. L’unica spiegazione che può fornirsi a tale astrusa costruzione è, infatti, quella di riservare alla coalizione vincente la possibilità di cambiare leader in corsa, magari in virtù di accordi precedentemente assunti tra le parti politiche, non risultando, peraltro, neanche troppo chiaro il senso della modifica, nel testo presentato al Senato, relativa al secondo, eventuale, destinatario dell’incarico, che ora deve essere un parlamentare *candidato* (e non già *eletto*), collegato con il Presidente del Consiglio eletto in prima battuta. Un’idea di democrazia ultra-governante e disintermediata, insomma, nel cui ambito l’elezione diretta, lungi dal garantire stabilità,

² Cfr. G. Sartori, *Una occasione mancata? Intervista sulla riforma costituzionale*, a cura di L. Morlino, Roma-Bari, 1998, p. 114.

sbandierata come obiettivo, potrebbe operare da dispositivo per accordi interni alla coalizione.

b) Un secondo profilo critico concerne la scelta di attribuire rilievo costituzionale al programma di governo che riflette una rigidità del tutto disarmonica rispetto alla realtà dinamica che la forma di governo parlamentare dovrebbe esprimere ed assorbire allo stesso tempo. Una fissità inaudita, che non considera la necessità di cambiamenti, di modifiche in corso d'opera, di modulazioni eventuali originate da fattori di ordine esogeno (es. crisi economiche o sanitarie) o endogeno, in tale ultimo caso derivanti all'esperimento di contro-poteri funzionali – secondo la Costituzione – esattamente a porre in discussione, se non in crisi, l'attuazione di *quel* programma di governo (si pensi all'eventuale esito positivo di un referendum su punti qualificanti il programma stesso). Tale disposizione rivela, più di altre, il sistema *chiuso* che il Governo attualmente in carica ha in mente; chiuso perché desideroso di immunizzarsi, in omaggio ad un populismo che tutto consente meno che l'estrinsecarsi genuino della volontà popolare. Ma il profilo principale che mi sembra emergere da questa disposizione – e dalle altre ad essa correlate – è la volontà – poco abilmente celata – di sugellare il ruolo attuale del Parlamento; assemblea numericamente ridotta, in virtù del frettoloso *taglio* operato dalla legge costituzionale n. 1/2020 (a proposito: che ne è dei famigerati correttivi?), che da tempo – per effetto di diversi fattori, agisce principalmente in funzione di ratifica delle decisioni del Governo. Questo dato può considerarsi, del resto, pacifico in dottrina. Ogni riferimento al reiterato abuso dei decreti-legge, ancora recentemente oggetto di stigmatizzazione da parte del Presidente della Repubblica, alle modalità di approvazione della legge di bilancio, alla compressione della discussione parlamentare, all'utilizzo sistematico della questione di fiducia non è affatto casuale. Se da decenni “Palazzo Chigi è diventato lo snodo più vitale e più ambito dell'intero sistema politico” è sulla sua conquista che si deve puntare, riducendo ai minimi termini, al contempo, la dialettica partitica e parlamentare al fine, for di riprodurre il “torpore” che le grandi forze partitiche, impegnate nel dibattito costituente, intesero avversare con forza e determinazione³.

³ Cfr. M. Calise, *Dopo la partitocrazia*, Torino, 1997, p. 65; C. De Fiores, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007, p. 7.

c) Altro profilo critico concerne la scelta di costituzionalizzare la legge elettorale delle Camere prevedendo, senza soglia minima di accesso, che un premio, assegnato su base nazionale, assicuri ai candidati ed alle liste collegate al Presidente del Consiglio dei ministri almeno il 55 per cento dei seggi in entrambe le Camere (resta peraltro incomprensibilmente in vigore, come osservato sulla stampa nei giorni scorsi da Massimo Luciani, la disposizione di cui all'art. 57 Cost., inerente alla elezione del Senato su base regionale). Tale risoluzione, incurante delle prescrizioni formulate dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, che ribadivano che la rappresentatività, ovvero il rapporto di *consonanza* tra elettori ed eletti, era da intendersi quale principio non sacrificabile in funzione della stabilità dell'azione di Governo, è da giudicare negativamente, senza troppi indugi. La scelta assunta dal Costituente di non dettare regole elettorali rivolte a irrigidire il sistema politico-partitico rappresentò, come chiaramente segnalato in dottrina, una saggia e razionale opzione di metodo giustificata dalla volontà di non inserire in Costituzione disposizioni che, negli anni successivi, avrebbero potuto ritenersi superate dagli eventi politici. Una scelta cosciente e realistica, dunque, che il Costituente assunse consapevole delle conseguenze che una diversa alternativa “avrebbe potuto ingenerare nel sistema”⁴.

d) La revisione presentata dal Governo Meloni costituisce, a tutti gli effetti, una deformazione destinata a produrre effetti regressivi sul piano della relazione tra politica e società. La proposta – nei termini in cui è stata formulata – rovescia l'orizzonte di senso che la Costituzione esprime, mortifica la partecipazione popolare, da intendersi – come è corretto che sia – quale momento principale di integrazione della dinamica rappresentativa, necessaria a garantire il processo continuo di rinnovamento del sistema in funzione anti-identitaria. Qualora entrasse in vigore, non si realizzerebbe, infatti, nemmeno l'amara profezia di Rousseau, secondo il quale – come è noto – il popolo [inglese] sarebbe stato libero solo nel giorno delle elezioni. Anche il voto popolare risulterebbe, infatti, costretto dai vincoli strettissimi di una legge funzionalizzata alla scelta della maggioranza del Capo, quali che siano i correttivi che eventualmente potrebbero essere introdotti (preferenze, doppio turno ecc.) e risulterebbe comunque esposto ai rischi di manipolazione – moltiplicati dal sistema mediatico – che la democrazia diretta reca sempre con sé. Una sorta di riproduzione – in chiave contemporanea – della logica dell'acclamazione, cara a Schmitt, come si sa, che, infatti, la riteneva fenomeno eterno di ogni comunità politica, destinata a

⁴ Cfr. C. De Fiores, op. cit., p. 6.

deprimere tutte le ipotesi che la Costituzione prevede – come indicava Mortati – per far arrivare al Parlamento la *voce del popolo* nel corso della legislatura, al fine di determinare correttivi al programma, già abbondantemente sacrificate nel corso della storia repubblicana. Oltre al caso del referendum, prima accennato, si pensi alla sorte dell’iniziativa popolare delle leggi ed agli stessi condizionamenti che – per altro verso - graverebbero sulla Corte costituzionale, che, a seguito della riforma, vedrebbe inevitabilmente compromessa la sua legittimazione, chiamata, come sarebbe, a giudicare della legittimità costituzionale di leggi approvate da maggioranza predefinite stabilmente ordinate intorno alla volontà del *leader* eletto.

Per le ragioni sommariamente elencate la sfida referendaria – non disponendo la maggioranza di centro-destra del *quorum* dei due terzi necessario ad evitarla ex art. 138 Cost. – si delinea, all’orizzonte, come momento di snodo fondamentale, impegnando la coscienza di chiunque abbia a cuore le sorti della democrazia costituzionale nel nostro Paese.

STRAVOLGIMENTO DELLA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE ITALIANA NEL DDL COSTITUZIONALE, A.S. N. 935 DELLA XIX LEGISLATURA: LA PROPOSTA DI CONCENTRAZIONE DEL POTERE NELLE MANI DEL CAPO PRESENTATA SOTTO LE MENTITE SPOGLIE DI UN “PREMIERATO”.

XXXVI

di Fulvio Pastore*

Sommario. 1. Il c.d. premierato alla Meloni (niente a che vedere con il vero premierato). – 2. Il vero paradigma di riferimento della proposta di riforma Meloni: il modello di forma di governo regionale introdotto in via dispositiva dalla legge costituzionale n. 1/1999. – 3. Alcune indicazioni critiche emergenti dal rendimento della forma di governo regionale di consiliatura a presidente direttamente eletto e utili nella prospettiva di una revisione della forma di governo nazionale.

1. Il c.d. premierato alla Meloni (niente a che vedere con il vero premierato).

Come ben noto a qualsiasi studioso del Diritto costituzionale, il premierato è una forma di governo parlamentare classica che si è affermata nel Regno Unito attraverso un processo plurisecolare basato su norme costituzionali prevalentemente non scritte, di tipo convenzionale e consuetudinario¹. Nel Regno Unito, la preminenza del primo ministro dipende dal fatto che – in virtù del sistema partitico sostanzialmente bipartitico e del sistema elettorale maggioritario a collegi uninominali e a turno unico con formula *plurality*² – il primo ministro si viene a trovare in una situazione di formidabile forza, essendo

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

¹ Sulla storia costituzionale del Regno Unito e, più in generale, sulla forma di governo britannica cfr., ex plurimis, G. Amato, *Forme di Stato e forme di Governo*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1970; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1993; P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. 2. Il sistema britannico*, Milano, 1988.

² In tal senso il sistema britannico può essere definito "bipartitico" ormai da diversi secoli. Sul tema cfr. G. Sartori, *Parties and Party System. A Framework for Analysis*, Cambridge, 1976; G. Pasquino, O. Massari, e A. Missiroli, *Opposizione, governo ombra, alternativa*, Roma - Bari, 1990; F. Cammarano, *Strategie del conservatorismo britannico nella crisi del liberalismo. «National party of common sense» (1885-1892)*, Manduria-Bari-Roma, 1991; O. Massari, *I partiti politici in Gran Bretagna tra organizzazione interna e modello Westminster*, in *Quad. Cost.*, n. 1/1992, pp. 107-123; O. Massari, *Modello Westminster e partito laburista. Come le istituzioni regolano i partiti*, Bologna, 1994.

normalmente, nello stesso tempo, leader del partito politico che ha vinto le elezioni, leader del gruppo parlamentare che detiene la maggioranza assoluta dei seggi nella Camera dei comuni, leader dell'esecutivo³.

Gli elettori nel Regno Unito, infatti, vengono chiamati a eleggere solo il parlamentare del loro collegio. Nessuna manifestazione di voto diretta può essere espressa dal singolo elettore nei confronti del primo ministro. Vero è, piuttosto, che gli elettori hanno la consapevolezza che nel caso vinca un partito, il *leader* di quel partito diverrà primo ministro. Il monarca invero non potrà fare altro che nominare primo ministro il *leader* del partito vincitore delle elezioni, atteso che lo stesso disporrà solitamente della maggioranza assoluta dei seggi nella Camera che esprime la fiducia al Governo. Il potere di nomina del primo ministro è quindi nel Regno Unito solo formalmente attribuito al capo dello Stato.

Tuttavia, nel caso il primo ministro dovesse perdere la *leadership* all'interno del partito – come l'esperienza ha ampiamente dimostrato anche negli ultimi anni – non potrebbe fare altro che dimettersi e verrebbe immediatamente sostituito dal nuovo *leader* del partito. E tale avvicendamento potrebbe verificarsi anche più volte nell'arco della medesima legislatura. Senza che per questo ci sia bisogno di ricorrere a nuove elezioni per legittimare il nuovo primo ministro. Dal che risulta confermato che l'investitura del primo ministro non dipende dal voto degli elettori ma dalla *leadership* nel partito, mentre il Governo costituisce una promanazione permanente della maggioranza parlamentare, atteso che la sua legittimazione a governare si fonda sul *continuum* tra maggioranza assoluta della Camera dei comuni e *cabinet*, al punto che il rapporto fiduciario tra *cabinet* e Camera bassa si presuppone sussista senza che ci sia neppure bisogno di un formale voto di instaurazione della relazione fiduciaria.

Il DDL costituzionale A.S. n. 935 della XIX legislatura, presentato dal Governo il 15.11.2023, impropriamente denominato come *premierato*, non ha nulla a che vedere con il vero premierato, trattandosi di una forma di governo caratterizzata dall'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, contestuale all'elezione delle camere parlamentari. L'art. 92 Cost., nella sua proposta nuova formulazione, infatti, reciterebbe: «1. Il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei ministri, che costituiscono

³ Sul rapporto tra forma di governo, sistema partitico e sistemi elettorali, in generale e con specifico riferimento all'ordinamento britannico, cfr. L. Elia, (voce) Governo (forme di), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970; D. Fisichella, (voce), *Sistemi elettorali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970; F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forme di governo*, Bologna, 1981; G. Pasquino, *I sistemi elettorali*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit.; M. Calise, *Partiti e forma parlamentare di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 4, seminario 1993, Milano, 1994.

insieme il Consiglio dei ministri. – 2. Il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per la durata di cinque anni. Le votazioni per l'elezione delle due Camere e del Presidente del Consiglio avvengono contestualmente. La legge disciplina il sistema elettorale delle Camere secondo i principi di rappresentatività e governabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei ministri. – 3. Il Presidente del Consiglio dei ministri è eletto nella Camera nella quale ha presentato la sua candidatura. Il Presidente della Repubblica conferisce al Presidente del Consiglio dei ministri eletto l'incarico di formare il Governo e nomina, su proposta del Presidente del Consiglio, i ministri».

Come è del tutto evidente, la legittimazione a governare del primo ministro non deriverebbe dalla fiducia della maggioranza parlamentare ma dal voto diretto dei cittadini. Si tratta cioè di una forma di governo inedita, non riferibile ai modelli classici della forma di governo e che certamente non sarebbe più riconducibile al modello parlamentare, neppure razionalizzato⁴. Anzi, la maggioranza parlamentare sarebbe completamente succube di un primo ministro eletto con simile sistema, tanto più che il cinquantacinque per cento dei seggi sarebbe conseguito dalle forze di maggioranza grazie alla vittoria del candidato alla presidenza del consiglio e indipendentemente dalla percentuale di voti ottenuta. Per l'attribuzione del premio di maggioranza, infatti, non si prevede il raggiungimento di nessuna soglia minima.

A tale proposito, va sottolineato come la giurisprudenza costituzionale abbia chiaramente affermato che la mancata previsione di una soglia minima da raggiungere per l'attribuzione del premio di maggioranza determina la illegittimità costituzionale della legge elettorale per violazione dei principi di pluralismo e di rappresentatività delle camere parlamentari. Il fatto che l'attribuzione del premio di maggioranza sia previsto direttamente dalla disposizione costituzionale non cancella il vizio di legittimità né lo sottrae alla possibilità di essere giustiziato, atteso che la violazione di principi fondamentali della costituzione può portare a una dichiarazione di illegittimità costituzionale anche delle leggi

⁴ La considerazione qui svolta intende rispondere alla terza domanda proposta da Alberto Lucarelli nel suo editoriale. Cfr. A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del presidente del consiglio dei ministri*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. 1.

costituzionali da parte della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge⁵.

L'assoggettamento delle camere parlamentari al governo non appare attenuato dalla previsione contenuta nell'articolo 4 del DDL costituzionale in esame, che apporterebbe in caso di approvazione, le seguenti modifiche all'articolo 94 della costituzione: «a) il terzo comma è sostituito dal seguente: 'Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia. Nel caso in cui non sia approvata la mozione di fiducia al Governo presieduto dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora anche in quest'ultimo caso il Governo non ottenga la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere.'; b) è aggiunto, infine, il seguente comma: 'In caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia. Qualora il Governo così nominato non ottenga la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere'».

La possibilità di sostituzione del presidente del consiglio eletto sulla base di tali disposizioni appare, invero, poco probabile, attesa la forte legittimazione politica conferita allo stesso dalla investitura elettorale. In ogni caso, anche se particolari circostanze politiche rendessero possibile il cambio, il nuovo presidente potrebbe essere scelto solo tra i parlamentari della maggioranza sulla base del medesimo programma presentato dal presidente eletto. Condizioni che rendono del tutto improbabile un cambio significativo dei perimetri della originaria maggioranza. Le camere parlamentari, quindi, si troverebbero con le mani legate e impossibilitate a modificare sostanzialmente l'indirizzo politico di maggioranza. La previsione della sanzione dello scioglimento, in caso di mancato ottenimento della fiducia da parte del presidente del consiglio nominato, mettono le camere parlamentari in una posizione del tutto servente rispetto all'esecutivo.

Si tratta quindi di una proposta di riforma che, in caso di approvazione, stravolgerebbe del tutto gli equilibri costituzionali tra Governo e Parlamento e negli stessi rapporti infra-

⁵ Cfr., ex plurimis, Corte costituzionale, sentenza n. 1146/1988.

governativi, eliminando ogni contrappeso attualmente previsto rispetto al potere del Presidente del consiglio. Il Parlamento ne uscirebbe debolissimo, mentre le minoranze si troverebbero, prive di un adeguato statuto di garanzie, a svolgere un ruolo del tutto ininfluenza in una sede ulteriormente depotenziata rispetto alla situazione attuale⁶.

Negli ultimi decenni, invero, a partire dalla legge n. 400/1988, abbiamo già assistito a un significativo rafforzamento dei poteri del Governo rispetto al Parlamento. Processo che è proseguito e si è consolidato, tra l'altro, in virtù della prevalenza del principio maggioritario nel sistema elettorale; ma anche con le riforme dei regolamenti parlamentari; con l'uso smodato della questione di fiducia; con il ricorso massiccio a decreti-legge, decreti legislativi e regolamenti governativi; con il superamento di fatto, in via convenzionale, del bicameralismo perfetto.

Non si vede, pertanto, alcuna impellente necessità di imprimere una torsione monocratica alla forma di governo che svilisca ulteriormente il ruolo del Parlamento rispetto all'esecutivo.

Gli equilibri costituzionali sarebbero, del resto, completamente stravolti, anche con riferimento al ruolo del Presidente della Repubblica. Nella storia della nostra Repubblica, il Capo dello Stato ha svolto una funzione essenziale e benefica, soprattutto nell'attività di risoluzione delle crisi di governo. Nello svolgimento delle sue fondamentali e complesse funzioni, il Presidente della Repubblica si è avvalso del carattere elastico delle disposizioni costituzionali che non attribuiscono in modo rigido la titolarità giuridica sostanziale dei poteri a lui formalmente attribuiti. Così, il Capo dello Stato ha potuto fare un uso più formale dei suoi poteri quando il circuito elettori-Parlamento-Governo era coeso e forte, mentre ha dovuto esercitare in modo più incisivo e sostanziale gli stessi poteri, quando il circuito elettori-Parlamento-Governo appariva debole e poco coeso.

Ovviamente, in caso di approvazione della proposta di riforma in esame, il ruolo del Presidente della Repubblica diventerebbe meramente decorativo, poiché dovrebbe utilizzare sempre e comunque in modo del tutto formale i poteri che pure resterebbero sulla carta a lui attribuiti. La titolarità giuridica sostanziale della maggior parte dei poteri formalmente attribuiti al Capo dello Stato, infatti, risulterebbe trasferita al Capo del Governo.

⁶ Si condividono pienamente le preoccupazioni a tale riguardo formulate nell'editoriale di Alberto Lucarelli che paventa l'instaurazione di una dittatura della maggioranza. Cfr. A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del presidente del consiglio dei ministri*, cit.

Insomma, il DDL costituzionale in esame, non persegue affatto una razionalizzazione e stabilizzazione costituzionale della forma di governo parlamentare, ma propone, piuttosto, una *forma di governo del capo*, nella quale il vertice dell'esecutivo, direttamente eletto, concentrerebbe nelle sue mani gran parte del potere politico, venendosi a trovare senza reali contrappesi⁷.

Il modello di riferimento non è il premierato, come pure falsamente si dice, ma le forme di governo monocratiche già introdotte nel nostro ordinamento a livello locale e regionale: si tratta del c.d. Sindaco d'Italia.

Da un'analisi di quelle esperienze, pertanto, si ritiene possano trarsi, in questa sede, utili indicazioni anche nella prospettiva di revisione della forma di governo statale.

Il governo del capo proposto dal DDL costituzionale n. 935 della XIX legislatura, d'altro canto, non trova riscontro in nessuna altra democrazia matura. Fu sperimentato per un breve periodo in Israele ma fu subito accantonato a causa del suo cattivo rendimento.

2. Il vero paradigma di riferimento della proposta di riforma Meloni: il modello di forma di governo regionale introdotto in via dispositiva dalla legge costituzionale n. 1 del 1999.

Come è noto, negli ordinamenti delle autonomie territoriali italiane – prima a livello comunale e provinciale con legge ordinaria⁸, quindi in via dispositiva a livello regionale con legge costituzionale – sono state introdotte forme di governo *di consiliatura a vertice dell'esecutivo direttamente eletto*, caratterizzate da una torsione monocratica delle relazioni interne alla Giunta, nonché da un sostanziale assoggettamento della volontà delle assemblee elettive a quella del vertice della Giunta⁹.

⁷ Si ritiene di poter così rispondere così al primo e al secondo quesito posti da Alberto Lucarelli nel suo editoriale, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del presidente del consiglio dei ministri*, cit. p. I.

⁸ Su autonomia statutaria e forma di governo comunale e provinciale cfr., in particolare, M. Scudiero, *L'elezione diretta del sindaco tra riforme istituzionali e trasformazioni del sistema politico*, in *Le Regioni*, 1993; S. Staiano, *Gli statuti comunali. Ruoli, contenuti e tendenze*, Napoli, 1992; S. Staiano, *Gli statuti dei comuni della Campania*, in *Riv. am. reg. Campania*, n. 3/1996, numero dedicato alla legge n. 142/90, p. 247 ss.; M. Villone, *Spunti su autonomia statutaria e forma di governo nella legge 142*, in *Reg. gov. loc.*, n. 5/1991; S. Prisco, *La forma di governo del comune e le odierne dinamiche politico-istituzionali italiane*, in *Archivio di dir. cost.*, n. 3/1993, p. 119 ss.

⁹ Sinora, del resto, si deve osservare che i Consigli regionali non hanno saputo utilizzare l'autonomia statutaria e quella legislativa, loro concesse dall'ordinamento, in modo da determinare un riequilibrio significativo dei rapporti con il presidente della regione.

L'obiettivo principale di tali discipline è quello di assicurare la stabilità delle giunte. Obiettivo in larga parte raggiunto, come è testimoniato dall'esperienza sin qui compiuta, in virtù soprattutto dei seguenti elementi: elezione contestuale del consiglio e del vertice dell'esecutivo, con premio di maggioranza per la coalizione collegata al candidato eletto al vertice dell'esecutivo; previsione dello scioglimento del consiglio in caso di approvazione di una mozione di sfiducia, nonché in caso di morte, impedimento permanente o dimissioni spontanee del vertice dell'esecutivo; conferimento al vertice dell'esecutivo direttamente eletto di poteri di revoca oltre che di nomina degli assessori.

La stabilità degli esecutivi, tuttavia, non sempre è stata accompagnata dalla efficienza dell'azione politico-amministrativa, anche per la debolezza degli strumenti di indirizzo e di controllo delle assemblee elettive, oltre che per la inadeguatezza degli istituti di partecipazione¹⁰. In tale quadro, il principio di responsabilità politica è stato essenzialmente ridotto alla verifica del consenso elettorale da effettuarsi alla scadenza naturale della consiliatura.

Appare evidente come l'indicato modello di forma di governo presenti delle connotazioni inedite che lo rendono difficilmente riconducibile entro uno degli ideal-tipi classici elaborati dalla dottrina¹¹. Tuttavia, a voler in ogni caso richiamare gli archetipi tradizionali, si dovrebbe parlare di una forma di governo *superpresidenziale* piuttosto che *neoparlamentare*, come invece capita di trovarla definita in alcuni manuali. Che la forma di governo in esame fuoriesca dall'alveo delle forme di governo parlamentari, sembra confermato dal fatto che l'esecutivo non è una promanazione permanente della

Sul tema, in senso meno pessimistico, cfr., in particolare, F.R. De Martino, *Consiglio regionale e strumenti dell'integrazione politica*, Napoli, 2007. Ivi si sottolinea come gli statuti regionali approvati di recente presentino innegabili virtualità, consegnando una realtà normativa che attende la riprova dei fatti; ma nel contempo si osserva che solo attraverso un più efficiente lavoro dei Consigli regionali sarà raggiunto un punto di equilibrio adeguato tra gli organi di direzione politica regionale.

¹⁰ La funzione equilibratrice della partecipazione nell'ordinamento comunale e provinciale viene sottolineata in particolare in S. Staiano, *Riforma delle autonomie locali e partecipazione*, in S. Carnevale e D. Pizzuti (a cura di), *Cultura della cittadinanza e della partecipazione politica. Per un protagonismo della società civile nel Mezzogiorno*, a cura di, Napoli, 1996, p. 29 ss.

¹¹ In senso conforme cfr. C. Fusaro, *La forma di governo regionale*, in T. Groppi e M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, con prefazione di A. D'Atena, Torino, 2001, p. 78 e ss., ove si sottolinea il carattere inedito del modello in esame che viene definito "governo di legislatura con premier elettivo".

Cfr. altresì M. Scudiero, *Gli istituti della partecipazione popolare nella prospettiva della nuova potestà statutaria*, in AA. VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Materiali della Commissione di studio e atti del seminario svoltosi presso l'Istituto di studi sulle Regioni «Massimo Severo Giannini» del C.N.R., Milano, 2001, p. 71 ss.; G. Silvestri, *Nuovi statuti e nuova forma di governo regionale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 12, seminario 2001, Torino, 2002; M. Volpi, *Considerazioni di metodo e di merito sulla legge costituzionale n° 1 del 1999*, in *Pol. del dir.*, n. 2/2000, p. 203 ss.

maggioranza consiliare, ma trae la sua legittimazione a governare direttamente dalla volontà del corpo elettorale; inoltre, il principio di responsabilità politica dell'esecutivo dinanzi all'assemblea elettiva risulta fortemente appannato dalla previsione dello scioglimento del consiglio in caso di approvazione di una mozione di sfiducia oltre che nel caso di dimissioni spontanee del vertice dell'esecutivo direttamente eletto. Il vertice dell'esecutivo direttamente eletto non trova, in tale sistema, neppure il contrappeso di un'assemblea elettiva nettamente separata e con attribuzioni proprie ben definite e incisive, come accade nei sistemi presidenziali¹².

In un ordinamento caratterizzato da siffatta forma di governo – confermata nelle sue linee di fondo da tutti gli statuti ordinari sin qui rinnovellati in base alla legge costituzionale n. 1/1999 – la previsione di adeguati strumenti di partecipazione politica appare essenziale ai fini del rispetto del principio democratico e di quello pluralista, oltre che ai fini della efficienza dell'azione politico-amministrativa¹³.

Come *extrema ratio*, per rivitalizzare un pochino il principio di responsabilità politica – atteso che la fonte di legittimazione a governare dell'esecutivo si rinviene direttamente nella volontà del corpo elettorale piuttosto che nella relazione fiduciaria con la maggioranza assembleare – si potrebbe introdurre l'ipotesi di una revoca del mandato presidenziale da parte del corpo elettorale, a metà della durata naturale, mediante *referendum*, sul modello del *recall* del governatore previsto in molti Stati membri degli Stati Uniti d'America¹⁴. Tale *referendum* – sinora non contemplato da nessuno degli statuti

¹² Non appare auspicabile, come si tenterà di argomentare nel prosieguo del presente contributo, che le forme di governo introdotte a livello regionale e locale costituiscano il principale punto di riferimento nella prospettiva di una revisione della forma di governo nazionale. Pienamente condivisibili appaiono, sul tema, le considerazioni svolte in M. Scudiero, *Conclusioni*, in *La riforma costituzionale*, AA. VV., *Atti del convegno annuale dell'A.I.C. svoltosi a Roma nel 1998*, Padova 1999. Ivi si sottolinea come la forma di governo parlamentare razionalizzata sia la più matura ed equilibrata tra quelle sinora sperimentate e quindi la più adatta a una società pluralista e post-industriale come la nostra.

¹³ Come è noto, non sono mancati i tentativi dei Consigli regionali, attraverso l'esercizio dell'autonomia statutaria, di riequilibrare la torsione monocratica determinata dalla legge costituzionale n. 1/1999, senza però rinunciare alla previsione dell'elezione diretta del presidente della regione. Tali tentativi, tuttavia, non sono stati ritenuti dalla corte costituzionale in armonia con la Costituzione quando hanno tentato di superare il filo che lega indissolubilmente la sorte del consiglio a quella del presidente (*aut simul stabunt, aut simul cadent*). Di particolare rilievo, a tale riguardo, la sentenza della corte costituzionale n. 2/2004, sulla proposta di statuto deliberata ai sensi dell'art. 123 della Costituzione dal consiglio regionale della Calabria, oggetto di numerosi e pregevoli commenti. Su quest'ultima pronuncia della corte costituzionale, *ex plurimis* cfr. M. Olivetti, *Requiem per l'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie*, in *Forum di Quaderni costituzionali* Rassegna online, 5 febbraio 2004; A. Ruggeri, *L'autonomia statutaria al banco della Consulta*, in «Forum di Quaderni costituzionali», ora anche in *Le istituzioni del federalismo*, 2004.

¹⁴ Ai Presidenti delle Regioni italiane, del resto, piace molto essere chiamati e autodefinirsi *governatori*. Tuttavia, non sono sottoposti a quei controlli politici e di legalità che sono invece essenziali nel sistema statunitense e che fanno da contrappeso all'interno degli Stati membri ai poteri dei governatori direttamente eletti.

ordinari approvati dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/1999 – sarebbe, ad avviso di chi scrive, pienamente compatibile con l'elezione diretta del presidente della regione, purché accompagnato dalla previsione dello scioglimento anticipato del consiglio regionale in caso di esito della votazione sfavorevole per il presidente in carica¹⁵.

3. Alcune indicazioni critiche emergenti dal rendimento della forma di governo regionale di consiliatura a presidente direttamente eletto e utili nella prospettiva di una revisione della forma di governo nazionale.

Notevoli sono le criticità che hanno caratterizzato sinora il rendimento della forma di governo regionale di consiliatura a presidente direttamente eletto.

Il rendimento del nuovo modello di forma di governo regionale dipende in larga parte dal contesto regionale nel quale si trova a operare e, in particolar modo, dipende strettamente dalla conformazione e dal funzionamento del sistema partitico regionale.

Tuttavia (pur nella consapevolezza della estrema difficoltà di svolgere delle valutazioni sul rendimento delle forme di governo facendo riferimento a degli ideal-tipi astratti), considerato il sufficiente grado di omogeneità dei sistemi politico-istituzionali regionali in Italia, si ritiene possano dall'esperienza analizzata trarsi utili indicazioni in ordine all'ipotesi di trasposizione sul piano nazionale di un modello di governo siffatto.

Invero, si deve rilevare come tutte le forme di governo caratterizzate dalla elezione diretta del vertice dell'esecutivo, siano affette da una contraddizione ineliminabile, consistente nel fatto che sia l'assemblea elettiva che il vertice dell'esecutivo si ritengono depositari della sovranità popolare¹⁶.

¹⁵ L'ipotesi, in una prospettiva *de jure condendo*, è stata qualche anno fa formulata da Massimo Villone nella relazione tenuta in occasione del convegno svoltosi a Cassino il 25 giugno 2008 sul tema: *Attualità della Costituzione e cambiamenti politico-sociali. Una riflessione sulla Carta italiana a sessanta anni dalla sua entrata in vigore*.

¹⁶ La intrinseca debolezza dei regimi presidenziali determinata dalla contemporanea legittimazione popolare diretta dell'esecutivo e del legislativo è ben evidenziata, con riferimento alle esperienze centroamericane, sudamericane, africane e asiatiche da J. J. Linz, *Democrazia presidenziale o democrazia parlamentare: vi è differenza?*, in J. J. Linz e A. Valenzuela (a cura di), *Il fallimento del presidenzialismo*, trad. it., Bologna, 1995, p. 19 ss. Ivi si rileva, tra l'altro: "Il fatto più notevole è che in un sistema presidenziale anche i parlamentari godono di una legittimità democratica, soprattutto quando essi rappresentano partiti bene organizzati e disciplinati che per gli elettori costituiscono reali scelte ideologiche e politiche. E inoltre è possibile che la maggioranza parlamentare sia politicamente differente dalla maggioranza elettorale che ha sostenuto il presidente. In tali circostanze, chi, sulla base dei principi democratici, è più legittimato a parlare nel nome del popolo? Il presidente o la maggioranza parlamentare che si oppone alle sue politiche? Poiché il potere di entrambi deriva dal voto del popolo, espresso in una libera competizione tra alternative ben definite,

Tale contrapposizione, quando la maggioranza assembleare sia disomogenea politicamente rispetto al vertice dell'esecutivo: può essere tollerata in un ordinamento caratterizzato da moderazione delle forze politiche, condivisione ampia dei valori fondamentali e adeguati contrappesi istituzionali; al contrario, diventa estremamente pericolosa in un ordinamento caratterizzato da eccessiva frammentazione partitica e da eccessiva contrapposizione ideologica, che sia per giunta demunito di adeguati contrappesi istituzionali. Quando, infatti, il vertice dell'esecutivo sia espressione della stessa coalizione che detiene la maggioranza assembleare, come nel caso delle forme di governo regionali attuali, si determina una sorta di *super-presidenzialismo*, nel quale l'opposizione viene a trovarsi nella maggior parte dei casi, priva di efficienti strumenti di controllo e di comunicazione.

I meccanismi di stabilizzazione e razionalizzazione della forma di governo regionale che collegano a doppio filo la sorte del vertice dell'esecutivo direttamente eletto a quella dell'assemblea elettiva, mentre favoriscono il perdurare nel tempo delle legislature e degli esecutivi, in mancanza di una consonanza d'intenti tra maggioranza assembleare e vertice dell'esecutivo, generano inefficienze quando non vere e proprie paralisi delle funzioni regionali. La stabilità, infatti, come dimostra l'esperienza regionale degli ultimi anni, è condizione necessaria ma non sufficiente per avere un elevato rendimento della forma di governo¹⁷.

Le preoccupazioni e le perplessità suscitate dall'esperienza relativa al funzionamento delle indicate forme di governo regionali, si accentuano ulteriormente nella prospettiva di una trasposizione a livello nazionale di soluzioni analoghe, atteso il fatto che lo Stato dispone di competenze particolarmente incisive e delicate, non allocate a livello regionale, come: tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza; difesa e forze armate; politica estera e rapporti internazionali; rapporti con le confessioni religiose; giurisdizione; determinazione dei

è sempre latente un conflitto, e talvolta è facile che esso scoppi drammaticamente. Non c'è nessun principio democratico che lo possa risolvere, e i meccanismi che la costituzione potrebbe prevedere sono in genere complessi, molto tecnici, legalistici e perciò di dubbia legittimità democratica agli occhi dell'elettorato. Non è quindi un caso che in alcune di queste situazioni intervenga l'esercito in veste di *poder moderador*. Si potrebbe sostenere che tali conflitti sono normali negli Stati Uniti e che essi non hanno portato a serie crisi. I limiti di questo saggio non ci permettono di spiegare l'unicità delle pratiche e delle istituzioni politiche americane che hanno contenuto l'impatto di tali conflitti, incluse le peculiari caratteristiche dei partiti politici americani che hanno indotto molti scienziati politici americani ad auspicare un sistema partitico più responsabile e ideologicamente disciplinato. A mio parere lo sviluppo dei moderni partiti politici, in contrasto con i partiti americani, probabilmente tende a rendere particolarmente complessi e minacciosi tali conflitti, soprattutto in società socialmente o ideologicamente polarizzate".

¹⁷ Ci si riferisce all'ultimo della serie di quesiti posti da Alberto Lucarelli nel suo editoriale, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del presidente del consiglio dei ministri*, cit., p. 1.

livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; previdenza sociale.

Ad avviso di chi scrive, si deve, pertanto, ritenere, nella prospettiva di una revisione della forma di governo nazionale, che la soluzione preferibile sia quella di una razionalizzazione e stabilizzazione costituzionale della forma di governo parlamentare senza elezione diretta dell'esecutivo. Soluzione che si potrebbe utilmente perseguire attraverso le seguenti previsioni: superamento del bicameralismo perfetto e sussistenza del rapporto fiduciario solo tra Camera bassa e Governo; conferimento della fiducia al primo ministro da parte della Camera dei deputati con la maggioranza assoluta dei voti; attribuzione al Primo ministro del potere di nominare e di revocare i Ministri; possibilità per la Camera dei deputati di sfiduciare il Primo ministro solo a maggioranza assoluta e con la indicazione contestuale del nuovo Primo ministro.

Tale soluzione garantirebbe sia la permanenza permanente dell'esecutivo dalla maggioranza parlamentare sia la stabilità del Governo, consentendo alla forma di governo nazionale di assorbire meglio e con maggiore efficienza le tensioni e le spinte di un sistema sociale post-industriale, caratterizzato da un notevole pluralismo e particolarmente ricco di contraddizioni, come quello italiano.

E, DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA, “ITALIANI! VOI COSA VOLETE FARE?”.

NOTERELLE A MARGINE DI UNA REVISIONE COSTITUZIONALE CHE NASCONDE MOLTO PIÙ DI QUANTO NON DICA*.

di Marina Calamo Specchia**

Sommario. 1. La taumaturgia dell'uomo solo al comando. – 2. Alla ricerca della razionalizzazione della forma di governo parlamentare. – 3. L'ossessione (neo)costituente.

XLVIII

1. La taumaturgia dell'uomo solo al comando.

La riserva mentale della Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, è tutta contenuta nella contraddizione espressa nel suo videomessaggio social del 10 novembre: “Italiani! Voi cosa volete fare? Volete contare e decidere, o stare a guardare mentre i partiti decidono per voi?”, quasi che i partiti fossero contro la volontà popolare e in contrapposizione ai cittadini e quasi che l'unica via per recuperare la democraticità del sistema costituzionale fosse quella di affidarsi alle virtù taumaturgiche della legittimazione diretta del capo del governo.

La riduzione del ruolo dei partiti da base della democrazia rappresentativa a *imbroglio* per gli elettori, che per far sentire la loro voce altra chance non hanno che affidarsi all'uomo solo al comando, è un'opinione che pone il luogo della decisione politica al di fuori del Parlamento e che getta una luce chiara sui contenuti di quella che viene indicata come *la madre* di tutte le riforme che traghetterebbe l'Italia in una nuova fase repubblicana: ritenere i partiti in grado di manipolare la volontà popolare sostituendosi alla stessa nella decisione politica di conferire il mandato governativo, una sorta di nemico della democrazia che la revisione costituzionale sul premierato si propone di sconfiggere.

Ma questa non è la descrizione della nostra forma di governo che pone al centro della dinamica politica il Parlamento, nel quale si rispecchiano i partiti quali componente

* Con queste brevi riflessioni si raccoglie l'invito di Alberto Lucarelli ad aprire un dibattito “a prima lettura” sul testo del DDL costituzionale AS 935 che ha illustrato nelle sue linee essenziali in A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. I.

** Professoressa Ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro.

pluralistica della società civile e nel quale gli altri organi costituzionali, in tutto o in parte, trovano la loro legittimazione democratica (Governo, Presidente della Repubblica, cinque giudici della Corte Costituzionale, otto membri del CSM): si tratta di un'altra forma di governo che istituisce la preminenza dell'esecutivo, tramite la legittimazione diretta del suo capo, come risposta ai cambi di maggioranza (fisiologici in un regime parlamentare a base pluralistica) e dunque dei governi che di questa sono espressione.

Ma è proprio così? L'elezione diretta del Presidente del Consiglio è veramente la panacea di tutti i mali della nostra forma di governo?

Vediamo di capire cosa si cela tra le maglie di questa riforma.

2. Alla ricerca della razionalizzazione della forma di governo parlamentare.

L'obiettivo dichiarato della revisione costituzionale portata avanti dal Governo Meloni è la stabilità governativa che si identifica nel Governo di legislatura¹.

Per conseguire l'obiettivo della governabilità, la prima misura, contenuta nel disegno di legge costituzionale governativo AS n. 935, è l'elezione diretta del Presidente del Consiglio contestualmente all'elezione delle due Camere (scompare il riferimento, contenuto nella bozza licenziata dal governo e diffusa dalla stampa, alla scheda elettorale unica per votare una delle liste che sostengono il candidato premier e il candidato stesso). Si introduce, così, una sorta di duopolio, fondato su un doppio circuito di legittimazione popolare, ma solo

¹ All'indomani della diffusione dei contenuti del DDL cost. AS 935 si è alimentato un vivace dibattito sulla stampa (si vedano tra i tanti: S. Curreri, *troppo poteri al premier? No, sarà un'anatra zoppa*, in *L'Unità del 2 novembre 2023*; Intervista a Giuliano Amato in *La Repubblica*, 4 novembre 2023; F. Pallante, *La riforma costituzionale della destra: eliminare il pluralismo*, in *Volerelaluna.it*, 4 novembre 2023; G. Zagrebelsky, *Il popolo al voto ogni cinque anni per celebrare l'uomo (o donna) soli al potere*, in *La Repubblica*, 5 novembre 2023), ma anche su riviste scientifiche nelle quali sono stati aperti forum di discussione sulla revisione costituzionale del Governo Meloni (a titolo meramente esemplificativo: D. Mone, *Il DDL costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. VI ss.; L. Longhi, *La riforma Meloni tra luci, ombre e margini di miglioramento*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XII; T.E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XVII; M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XXI; C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XXVI; M. Della Morte, *Uno vale tutti. Considerazioni critiche (a prima lettura) sul d.d.l. premierato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XXX; F. Pastore, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel DDL costituzionale, A.S. n. 935 della XIX legislatura: la proposta di concentrazione del potere nelle mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023, p. XXXVI; A. Poggi e F. Fabrizzi, *Editoriale. Riforma costituzionale, serve il Parlamento per fare un salto di qualità*, in *Federalismi.it*, n. 27/3023, p. IV ss.).

apparente, perché al rafforzamento del capo del governo non corrisponde un rafforzamento del Parlamento.

L'elezione del Presidente del Consiglio contestuale a quella delle Camere ricorda la formula proposta dal Governo Berlusconi nel 2005, che istituzionalizzava il capo della coalizione, respinta dal referendum del 2006²: entrambe sono formule di presidenzializzazione degli esecutivi, che trasformano il ruolo del Presidente del Consiglio da *primus inter pares* (che concilia ruolo propulsivo del capo del governo e collegialità della decisione) a *primus inter partes* (che inclina verso forme di concentrazione del potere di indirizzo politico nella persona del capo del governo, riducendo gli spazi della collegialità della decisione).

Esiste, tuttavia, una differenza di natura tra il premierato *all'italiana* e quella forma di governo parlamentare a preminenza primo-ministeriale che si è affermata nel Regno Unito grazie all'evoluzione storica di quel sistema costituzionale: mentre l'elezione diretta del Presidente del Consiglio *tout court* introduce un premierato forte e radicale, unico nel suo genere, contrapponendo senza filtri la legittimazione popolare diretta del capo del governo alla legittimazione popolare diretta del Parlamento, nel Regno Unito la preminenza del primo ministro mantiene un saldo collegamento genetico nel rapporto tra maggioranza parlamentare e formazione del governo grazie alla convenzione costituzionale che impone alla Corona di nominare premier il leader del partito che ha vinto le elezioni, in virtù della sinergia operante tra sistema elettorale e sostanziale bipartitismo. Paradossalmente, la riforma di Berlusconi, considerando astrattamente questo profilo, introduceva una modalità di designazione meno impattante sul piano dei rapporti tra Parlamento e Governo, stabilendo il collegamento tra maggioranza parlamentare unicamerale e nomina del premier (il Senato era trasformato in camera delle autonomie), sebbene l'impianto complessivo della riforma fosse da rigettare per ragioni che non è possibile ricordare in questa sede.

La lista elettorale unica era un elemento che caratterizzava la proposta originaria del Governo Meloni e che rappresentava un pur debole collegamento con la maggioranza

² Si leggeva nel testo di legge costituzionale del 16/11/2005, n. 2544-D., «art. 30 - (Governo e Primo ministro). 1. L'articolo 92 della Costituzione sostituito dal seguente: "Art.92. – Il Governo. della Repubblica è composto dal Primo ministro e dai ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei ministri. - La candidatura alla carica di Primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati ovvero con una o più liste di candidati all'elezione della Camera dei deputati, secondo modalità stabilite dalla legge. La legge disciplina l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro. – Il Presidente della Repubblica, sulla base dei risultati delle elezioni della Camera dei deputati, nomina il Primo ministro"».

espressa almeno in una delle due camere: per quanto criticabile come misura che irrigidisce l'esercizio del diritto di voto, la sua eliminazione sgancia il Presidente del Consiglio dalla fiducia parlamentare, che diventa un mero esercizio di stile, in quanto la legittimazione a governare non discenderebbe dalla maggioranza parlamentare ma dalla volontà popolare. La scelta di eliminare il riferimento alla lista unica in fase di presentazione del DDL cost. AS 935, denota differenti vedute della stessa maggioranza di governo che ancora non ha trovato una sua composizione: desta perplessità il fatto che una revisione costituzionale, tutt'altro che minimale a causa degli effetti distorsivi del modello parlamentare che è in grado di produrre (a dispetto di quanto si sostenga con le plurime assicurazioni di voler preservare le prerogative del Presidente della Repubblica e dello stesso Parlamento) non sia il prodotto della condivisione almeno in seno alla coalizione di governo.

L'elezione diretta del Presidente del Consiglio, sebbene la sua candidatura sia collegata ad una o più liste in competizione in una delle due Camere, esplicita la logica ipermaggioritaria perseguita dalla riforma, ma non elimina la possibilità che gli organi di indirizzo politico, Parlamento e Governo, siano espressione di maggioranze differenti, eventualità che sarebbe foriera di vera e propria paralisi istituzionale, essendo favorita dall'irrigidimento della formula maggioritaria, introdotta incautamente nella proposta di revisione costituzionale. Delle due l'una: o si introducono nella riforma formule di flessibilizzazione del rapporto tra Parlamento e Governo, consentendo al primo di riarticolare al proprio interno i confini della maggioranza e rivitalizzando il ruolo delle opposizioni (che diversamente perderebbero la loro funzione di contrappeso rimanendo cristallizzate sino a nuove elezioni), oppure si condanna il sistema alla paralisi o, peggio, a plurimi scioglimenti parlamentari, realizzando così la più classica eterogenesi dei fini perseguiti dalla revisione costituzionale.

Vero è che i proponenti, nella Relazione di accompagnamento al DDL cost. AS 935, si affrettano a precisare che l'elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere avvengono «contestualmente, in modo da rendere evidente l'unitarietà del procedimento elettorale, anche ai fini del collegamento tra liste e candidati Presidenti», ma tale precisazione è carente sotto un duplice profilo: 1) letterale, perché contestualmente indica una simultaneità solo temporale delle elezioni; 2) di contenuto, perché il collegamento tra il Candidato presidente e la lista può avvenire solo in una delle due Camere, come precisato nel secondo comma dell'art. 92 revisionato (misura avente in realtà la finalità di eliminare la designazione di un Presidente del Consiglio tecnico, al di fuori del Parlamento).

Pertanto, la previsione del collegamento unicamerale tra candidato Presidente del Consiglio e lista, non superabile stante il divieto della doppia candidabilità alla Camera e al Senato, affida alla futura legge elettorale (come si legge nella relazione al progetto) il compito di *creare* almeno in una delle due Camere, quella dove si presenterebbe la lista collegata al candidato Presidente del Consiglio, una maggioranza stabile anche attraverso soluzioni manipolative del principio rappresentativo, e comporta il rischio, tutt'altro che remoto, di riprodurre il fenomeno del diverso orientamento politico all'interno del Parlamento, tra le due camere. In assenza della scelta della formula di selezione politica, queste sono ancora riflessioni *al buio*, suscettibili di essere ricalibrate solo quando sarà noto il sistema elettorale che dovrebbe essere abbinato alla revisione costituzionale.

La seconda previsione pro-governabilità concerne la norma antiribaltone: anche questa misura riecheggia analoga previsione della mancata revisione costituzionale del centro-destra del 2005³ e consiste nella proposta di un sostituto del Presidente del Consiglio, che abbia cessato dalla carica, da parte del Parlamento purché il secondo designato sia un parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del consiglio eletto e dunque gravitante nell'orbita maggioritaria.

Non è chiaro se la misura si riferisca solo ai casi di cessazione dalla carica del premier (morte, impedimento permanente) nel qual caso la circoscrizione della scelta alla sola maggioranza avrebbe un senso, oppure anche al caso di designazione di un nuovo premier a seguito di voto di sfiducia, nel qual caso la limitazione della scelta del nuovo premier alla

³ Si leggeva nel testo di legge costituzionale del 16/11/2005 n. 2544-D., «art. 32. (Governo in Parlamento) 1. L'articolo 94 della Costituzione è sostituito dal seguente: "Art. 94. – 1. Il Primo ministro illustra il programma di legislatura e la composizione del Governo alle Camere entro dieci giorni dalla nomina. La Camera dei deputati si esprime con un voto sul programma. Il Primo ministro ogni anno presenta il rapporto sulla sua attuazione e sullo stato del Paese. – 2. Il Primo ministro può porre la questione di fiducia e chiedere che la Camera dei deputati si esprima, con priorità su ogni altra proposta, con voto conforme alle proposte del Governo, nei casi previsti dal suo regolamento. – 3. La votazione ha luogo per appello nominale. In caso di voto contrario, il Primo ministro si dimette. Non è comunque ammessa la questione di fiducia sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale. – 4. In qualsiasi momento la Camera dei deputati può obbligare il Primo ministro alle dimissioni, con l'approvazione di una mozione di sfiducia. La mozione di sfiducia deve essere firmata da almeno un quinto dei componenti della Camera dei deputati, non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione, deve essere votata per appello nominale e approvata dalla maggioranza assoluta dei componenti. Nel caso di approvazione, il Primo ministro si dimette e il Presidente della Repubblica decreta lo scioglimento della Camera dei deputati ed indice le elezioni. – 5. Il Primo ministro si dimette altresì qualora la mozione di sfiducia sia stata respinta con il voto determinante di deputati non appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni. In tale caso si applica l'articolo 88, secondo comma. – 6. Qualora sia presentata e approvata una mozione di sfiducia, con la designazione di un nuovo Primo ministro, da parte dei deputati appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni in numero non inferiore alla maggioranza dei componenti della Camera, il Primo ministro si dimette e il Presidente della Repubblica nomina il Primo ministro designato dalla mozione. La mozione non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione e deve essere votata per appello nominale"».

sola maggioranza mal si concilierebbe con la discrezionalità politica del Parlamento, che si sostanzia anche nel poter mutare indirizzo politico. Questa misura è molto distante dalla sfiducia costruttiva alla tedesca che può condurre a un rovesciamento della maggioranza: si tratta di un'arma a doppio taglio perché irrigidisce i rapporti interni all'esecutivo tra il premier e le forze politiche, istituzionalizzando la conflittualità interna alla maggioranza e dando in mano ai partiti della coalizione l'arma potente di determinare la caduta del governo aprendo la crisi.

Un paradosso di questa riforma consiste proprio nel fatto che la stessa, da un lato, sembrerebbe ispirarsi a quelle forme di governo a preminenza del capo dell'esecutivo e dall'altro rifiuta la logica maggioritaria, pur costituzionalizzando il premio di maggioranza, respingendo la regola aurea dell'alternanza che connota le democrazie maggioritarie: da una parte, infatti, si sottrae al Presidente della Repubblica qualunque ruolo di mediazione politica non solo nel procedimento di formazione del governo attraverso la nomina notarile del Presidente del Consiglio dei ministri, ma anche nel costante lavoro di tessitura politica che emerge sia nelle crisi di governo sia nel riconnettere il circuito tra elettori e Parlamento indebolito dalla personalizzazione del governo nella figura del suo capo, che viene investito direttamente dal voto popolare, realizzando così una decisa torsione monocratica che marginalizza il ruolo del Presidente della Repubblica e del Parlamento nella formazione del governo; dall'altro, si rimette ai partiti il voto di fiducia sullo stesso Presidente del Consiglio eletto (misura unica nel suo genere) o la sua sostituzione con un altro parlamentare candidato in collegamento con il Presidente legittimato dal voto popolare. In entrambi i casi, i partiti della coalizione, soprattutto quelli minori, restano i *domini* della permanenza in carica tanto del Presidente del Consiglio eletto quanto del governo da questo formato, contraddicendo le finalità che la riforma intenderebbe perseguire, vale a dire la permanenza in carica per cinque anni del governo (art. 92, co. 2, nel testo riformato).

Il Presidente del Consiglio, da *dominus* diventerebbe così ostaggio della sua stessa maggioranza, riproponendo quelle medesime criticità che a livello locale hanno determinato il progressivo esautoramento dei Consigli comunali e regionali dalla funzione di determinazione dell'indirizzo politico locale, il cui destino è saldamente legato dalla clausola *simul stabunt simul cadent* alla sorte dei Sindaci e dei Presidenti di Regione: un esempio questo che avrebbe dovuto mettere in guardia dall'introdurre a livello nazionale meccanismi riproduttivi di formule che hanno compresso il principio della responsabilità politica, confinandolo nel rito del consenso popolare elettorale alla scadenza del mandato

consiliare, a prescindere dalla considerazione di carattere generale che la funzione del Parlamento nazionale, nelle cui mani è depositata la funzione di garanzia della Costituzione, è diversa da quella delle Assemblee territoriali. Queste formule, quando trasposte a livello nazionale e in mancanza di correttivi tecnici di rendimento del voto espresso sul piano istituzionale, si inquadrano in varianti dei modelli iperpresidenziali, che non sono tuttavia esenti da eventualità di governi minoritari (come accaduto in Francia nel 2022), e sono fuori dal modello parlamentare, a causa della diluizione del rapporto fiduciario e della responsabilità politica nella clausola *simul stabun simul cadent* e nell'assenza di contrappesi forti all'elezione diretta del capo dell'esecutivo, che non possono essere ravvisati nell'elezione diretta del Parlamento, che anzi enfatizza anziché ridurre le conflittualità politiche (come dimostra l'esperienza latinoamericana).

Infine, la terza misura per garantire la governabilità prevede la costituzionalizzazione del premio di maggioranza, la cui inclusione in Costituzione, nonostante i paletti imposti dalla giurisprudenza costituzionale (soglia del 40% dei voti conseguiti e premio non superiore al 15%) stravolgerebbe l'impianto voluto dai Costituenti che vollero tenere fuori dalla Costituzione la previsione del sistema elettorale (tanto pesava l'eredità weimariana) e che manifestarono la propensione per un sistema elettorale a tendenza proporzionale cui ispirarono la configurazione degli organi e istituti di garanzia (Presidente della Repubblica, Corte costituzionale, procedimento di revisione costituzionale), che così subiranno una torsione in senso politico nel loro ruolo incompatibile con la funzione *super partes* (Presidente della Repubblica e Corte Costituzionale) e di garanzia (revisione della Costituzione) a causa dell'impatto della formula maggioritaria sui quorum costitutivi (raggiungere il quorum del 2/3 necessario a eleggere il Presidente della Repubblica e i cinque giudici della Corte costituzionale o per realizzare una revisione costituzionale senza possibilità di referendum potrebbe risultare più agevole bastando oggi solo l'accordo del 12% delle minoranze).

Un esempio dell'impatto del premio di maggioranza sui quorum necessari alla revisione costituzionale forse può essere utile a chiarire la portata dirompente della costituzionalizzazione del premio di maggioranza senza soglia: nelle elezioni del 2022 la coalizione oggi al governo ha conseguito il 44% circa dei voti nelle due Camere; per modificare la Costituzione occorre la maggioranza dei 2/3 ossia il 66,6 % dei voti; dal 44% al 66,6% occorre un ulteriore 22,6% dei voti dei parlamentari, ossia 136 Deputati e 46 Senatori. La logica dei Costituenti era chiarissima: la composizione proporzionale del

Parlamento garantisce che per modificare la Costituzione occorre la condivisione di gran parte delle forze di opposizione. Vediamo cosa accade applicando ai risultati delle elezioni del 2022 il premio di maggioranza: la coalizione vincente con il 44% dei voti ottiene il 55% (ma questo premio, essendo senza soglia, varrebbe anche qualunque fosse la percentuale conseguita dal partito o dalla coalizione dei partiti di maggioranza relativa); per modificare la Costituzione la coalizione dovrà cercare l'appoggio dell'11,6% delle minoranze, ossia di 71 deputati e di 24 Senatori; questo significa consegnare la modifica della Costituzione alle contingenti maggioranze, indebolendo così il principio di rigidità formale voluto dai Costituenti grazie alla combinazione tra sistema a base proporzionale e quorum dei 2/3.

Va, altresì, segnalata un'incongruenza del DDL cost. AS 935: da una parte, il terzo comma dell'art. 92 nel testo novellato dal progetto stabilisce che il premio di maggioranza debba essere assegnato su base nazionale, senza distinguere tra Camera dei deputati e Senato; dall'altra, l'art. 57 Cost., che stabilisce l'elezione del Senato su base regionale, non è stato oggetto di modifica. Si realizza, pertanto, un conflitto interno alla Costituzione tra l'art. 57 Cost. e l'art. 92, co. 2, Cost. (nel testo novellato). Delle due l'una: o si estende la base nazionale al Senato, intervenendo anche sull'art. 57 Cost., ma in questo caso la seconda camera diventerebbe anche sul piano strutturale un doppione della camera bassa, istituzionalizzando così quel monocameralismo di fatto che da tempo impedisce al Parlamento di svolgere appieno il suo ruolo istituzionale; oppure si prevede per il Senato l'assegnazione regionale del premio, istituzionalizzando il rischio di produrre maggioranze differenti tra le due Camere.

La costituzionalizzazione del premio di maggioranza – che non vale coprirlo di *immunità costituzionale* – ponendosi in contrasto con i principi fondamentali di uguaglianza e di libertà del voto (contrasto rilevabile dalla Corte costituzionale che può sindacare la legittimità costituzionale delle leggi di revisione) – unita alla già realizzata riduzione del numero dei parlamentari, irrigidisce altresì la formula di selezione del corpo politico, non consentendo quegli adattamenti che possono essere richiesti dai mutamenti nel sistema politico, più facili da realizzare con lo strumento della legge ordinaria, e rende più forte il legame fra partiti e possibili candidati, oggetto di *ricatto elettorale* da parte delle segreterie. I proponenti trascurano, inoltre, l'effetto di rendimento negativo del premio di maggioranza, che non ha prodotto maggioranze stabili ma solo coalizioni elettorali eterogenee, divise e litigiose (ad. es. Governi Prodi-*bis* e Berlusconi-*quater*).

Non si condivide, pertanto, l'impostazione di questa revisione costituzionale, pasticciata e

ambigua(mentre le Costituzioni, disciplinando il patto costitutivo, devono esse intellegibili e chiare, in virtù del principio di affidamento della collettività che il patto sociale incarna): la torsione monocratica ipermaggioritaria della nostra forma di governo non sarebbe più compatibile con il modello classico di parlamentarismo e, operando in una società civile a forte complessità politica, finirebbe con il favorire il radicamento di forme plebiscitarie di personalizzazione e concentrazione del potere contrarie allo spirito della Costituzione, che volle un potere saldamente ripartito in una pluralità di organi costituzionali in reciproca funzione di freno, risultando incompatibile con il disegno costituente una formula istituzionale che non rispetti la centralità del Parlamento, la sua composizione pluralistica e l'alto grado di rappresentatività dello stesso.

3. L'ossessione (neo)costituente.

Da più di trent'anni la nostra classe politica è preda di una vera e propria *ossessione costituente* (ma non siamo nella Francia rivoluzionaria). La spinta alle riforme istituzionali viene alimentata da un diffuso sentimento antiparlamentare, lo stesso sentimento che guidò il governo Berlusconi a presentare il progetto di revisione costituzionale del 2005, che occhieggia dalle pieghe del disegno di legge costituzionale, e che spinse il Governo Renzi a impattare contro il referendum del 4 dicembre 2016: il desiderio di suicidio politico dei partiti, attraverso la marginalizzazione del Parlamento, dopo molti tentativi ha conquistato una bandierina con la revisione costituzionale n. 1 del 2020 che ha ridotto il numero dei parlamentari, riforma solo apparentemente minimale, considerati gli effetti riflessi che la stessa ha prodotto sul principio rappresentativo⁴.

La deriva verticistica e leaderistica della forma di governo che ha prodotto il drastico ridimensionamento del Parlamento, è molto più evidente in Italia rispetto ad altre democrazie: si pensi al ruolo di contrappeso svolto dal Congresso rispetto al Presidente Trump oppure al Parlamento britannico che ha difeso le sue prerogative costituzionali nella vicenda della *Brexit*, o al Parlamento quale luogo della mediazione politica come nel caso della stipula degli accordi di coalizione come avvenuto in Germania e in Spagna. Al

⁴ Inducono a riflettere sulla tenuta del principio di rigidità sostanziale i plurimi tentativi di riforme di sistema effettuati a partire dagli anni Ottanta: per un'accurata e critica disamina M. Ciriello, *Le riforme costituzionali dopo la riduzione del numero dei parlamentari*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2021, p. 1.

contrario, in Italia la crisi dei partiti politici come corpi intermedi e la convinzione politica che la governabilità debba prevalere sulla rappresentanza hanno insinuato nell'opinione pubblica l'idea che il Parlamento sia un organo di cui poter fare a meno, come accade purtroppo di ascoltare da qualche tempo nel linguaggio dei discorsi politici.

Il fine della governabilità, posto come obiettivo primario della riforma Meloni, tanto che lo stesso DDL cost. AS 935 lo eleva a *principio* costituzionale, resta un obiettivo politico costituzionalmente legittimo che non può essere perseguito in dispregio del principio rappresentativo o come fine autonomo rispetto allo stesso.

L'ancillarità dell'obiettivo della governabilità rispetto al principio di rappresentanza è stata evidenziata dalla Corte costituzionale nella notissima sentenza n. 1/2014 in materia di legge elettorale: afferma la Corte che «il legislatore, pur nell'esercizio della sua ampia discrezionalità, non può comprimere illimitatamente la “rappresentatività dell'assemblea parlamentare» in modo «incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di una caratterizzazione tipica ed infungibile (sent. 106 del 2002) tra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e di controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali» (cons. 3.1 in diritto).

Eppure, nonostante i moniti della Corte, il Parlamento è divenuto nel tempo un *rappresentante* a basso tasso di rappresentatività: questo è l'effetto di un lungo processo di delegittimazione della decisione politica, dovuta alla perdita di autonomia del singolo parlamentare e all'ostracismo del carattere peculiare della decisione, ossia che essa è frutto di mediazione tra le forze politiche. E se vogliamo che la rappresentanza non sia una formula vuota, è necessario che il Parlamento torni ad essere il luogo della decisione mediata e non si limiti a ratificare scelte esterne, trasferendosi di fatto la sede della decisione nel Governo. Nel momento in cui la forbice tra rappresentanza e rappresentatività si allarga, si innesca una deriva che colpisce il rapporto tra governanti e governati e mira a istituzionalizzare il conflitto tra cittadini (governati) e casta (governanti), caricandolo di valenze antiparlamentari e olocratiche molto rischiose per la tenuta del sistema democratico.

Proprio la torsione maggioritaria della forma di governo, inseguita da più di trent'anni

attraverso plurimi interventi di riforma delle leggi elettorali, finisce con l'estendere i propri effetti sulla tenuta dei meccanismi di garanzia della rigidità costituzionale previsti dalla procedura di revisione costituzionale, soprattutto considerando l'opzione per sistemi a elettorali a decisa tendenza maggioritaria, in relazione ai quali la logica consensuale sottesa alla maggioranza dei due terzi in seconda deliberazione, tipica dei sistemi parlamentari a base pluralistica, non è più sufficiente a garantire la rigidità costituzionale. Seguendo questa chiave di lettura, sarebbe auspicabile rafforzare non solo i quorum deliberativi, ma anche la seconda deliberazione parlamentare, che permane un ciclo legislativo incompleto e parziale⁵: è evidente, infatti, che l'art. 138 era destinato a operare in un impianto politico pluralistico e in una logica proporzionale e che i previsti *quorum* – nella transizione al sistema maggioritario – hanno rivelato la propria inadeguatezza a garantire la rigidità costituzionale, inadeguatezza non colmata dalle misure attuative contenute nei regolamenti parlamentari.

Pertanto, se si dovessero assecondare le inclinazioni maggioritarie del sistema politico, tra le revisioni costituzionali urgenti rientra con priorità la modifica dell'art. 138 della Costituzione italiana, al fine di *blindare* il procedimento di revisione costituzionale indebolito dalle riforme elettorali maggioritarie, considerando che quello che si sta consumando oggi è l'ultimo (in ordine di tempo) tentativo di allineare la Costituzione alla deriva presidenzialistica (o premieristica), ossia tendente alla c.d. *democrazia concentrata* innescata nel biennio 1991-1993: si potrebbe pensare a un rafforzamento dell'impatto deliberativo delle opposizioni parlamentari al procedimento di revisione costituzionale o a rendere obbligatorio il referendum costituzionale, come accade in Francia nella procedura aggravata *ordinaria* (si passi l'ossimoro) di revisione costituzionale di cui all'art. 89 della Costituzione della V Repubblica.

Sotto questo profilo, lo scenario comparatistico offre molti suggerimenti: oltre al referendum obbligatorio, una soluzione potrebbe essere offerta dal rafforzamento dei quorum speciali (quattro quinti) e dall'introduzione del referendum obbligatorio qualora la seconda deliberazione sia approvata a maggioranza assoluta: questo elemento di rafforzamento svolgerebbe una funzione integrativa della decisione parlamentare che non sia stata raggiunta con il concorso ampio delle minoranze, senza affidare all'alea della

⁵ Sempre attuali le riflessioni di G. Rivosecchi, *Fattore tempo e garanzie procedurali nella fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale (a proposito della "soluzione Alfonso Tesaro")*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Vol. II, Napoli, 2010, p. 1221 ss.

richiesta referendaria entro tre mesi l'attivazione di strumenti compensativi.

Per interrompere, invece, quella tendenza manifestatasi con le riforme *a colpi di maggioranza* si potrebbe guardare alla Costituzione belga: l'art. 195 della Cost. belga prevede che per essere oggetto di un procedimento di revisione le disposizioni costituzionali devono essere *ouvertes à révision* dalle camere legislative federali e dal Re; la dichiarazione di revisione comporta lo scioglimento automatico del Parlamento federale, attribuendo il potere di deliberare la revisione al nuovo Parlamento con un quorum partecipativo dei 2/3 dei membri e un *quorum* deliberativo di 2/3 dei presenti. Immaginando un rafforzamento dell'art. 138, l'ipotesi di scioglimento automatico del Parlamento promotore della revisione imporrebbe la ricerca di una amplissima condivisione *ex ante* tra le forze politiche idonea a superare lo scoglio della nuova elezione. Pertanto, il processo di verticalizzazione e concentrazione del potere cui tende la riforma sul premierato del Governo Meloni vulnera l'equilibrio tra i poteri, già messa in crisi dalle torsioni in atto (abuso della questione di fiducia e della decretazione d'urgenza) e si pone in linea di continuità con il disegno di svuotamento e di neutralizzazione del principio democratico perseguito dall'altra faccia della medaglia, la riforma dell'autonomia differenziata, che procede a grandi passi: come il regionalismo differenziato del ministro Calderoli istituzionalizza competitività e divari territoriali e mistifica l'eguaglianza dei diritti, riducendoli a standard economico-finanziari, così la delega ad un unico decisore politico svuota di significato la democrazia pluralistica e partecipativa riducendola ad una democrazia plebiscitaria, dominata dagli istinti più che dagli ideali.

Un sistema così indebolito, nel quale mancano i contrappesi istituzionali nazionali (primo fra tutti una delle due camere a rappresentanza territoriale, ipotesi che sembra essere tramontata a vantaggio di forme di collaborazione territoriale intergovernativa) che possano fungere da riduttori della conflittualità tra i territori, induce una fuga dal centro che si manifesta attraverso la marginalizzazione del Parlamento e la decisa flessione della forma di governo verso formule monocratiche, dando vita a un sistema policentrico in cui alla sintesi parlamentare si sostituisce un meccanismo di co-decisione tra esecutivi nazionale e regionali. Del resto, la preferenza per formule collaborative tra Stato e regioni attraverso il sistema delle conferenze, mostra la tendenza a privilegiare meccanismi di composizione dei conflitti interterritoriali affidati a organi composti dagli esecutivi, anziché al Parlamento. Si comprendono così i timori di chi intravede nelle riforme in atto l'aggiramento della Costituzione repubblicana mediante il superamento dei suoi

meccanismi di bilanciamento istituzionale e la marginalizzazione delle assemblee elettive, tanto nazionali quanto regionali.

Mai come oggi sarà necessario unire le forze in difesa della Costituzione repubblicana, che, qualora il processo riformatore andasse in porto, ne uscirà sfigurata.

Saremo presto chiamati a scendere in campo per preservare lo spirito dei nostri Padri e delle nostre Madri Costituenti, considerato che la maggioranza governativa non ha i numeri per approvare la riforma costituzionale, anzi brandisce il probabilissimo referendum come arma di legittimazione di massa. E il processo di degradazione della Costituzione ad arnese di propaganda politica si sta compiendo nel silenzio assordante della società civile, anestetizzata dai ludi mediatici, tra un *Grande fratello* e un *Ballando con le stelle*.

Attenzione però che terminati i *circenses* forse ci si avvedrà che il *panem* è finito da tempo, e allora sarà troppo tardi.

Non è un caso, che nel meeting di Rimini, il nostro Presidente della Repubblica abbia messo in guardia dai pregiudizi nei confronti della Costituzione del 1948, ricordando che nessuna generazione ha messo mai in discussione la Costituzione dei Padri costituenti americani, vigente da più di 200, anni e che le Costituzioni proprio nei momenti di crisi e di transizione politica adempiono alla più vera e originaria loro funzione, quella di argine al potere e di garanzia dei diritti, essendo state scritte per durare oltre le maggioranze del momento.

L'appuntamento referendario, pertanto, non può e non deve coglierci impreparati, se abbiamo a cuore le sorti della nostra democrazia costituzionale. Perché la Costituzione è *Res publica*, è di tutte e tutti noi!

IL PREMIERATO SECONDO IL DISEGNO MELONI: UNA RIFORMA CHE NON HA NÉ CAPO NÉ CODA E CHE FA CORRERE NON LIEVI RISCHI.

di Antonio Ruggeri*

LXI

Era, ovviamente, da mettere in conto la pioggia di commenti che si sarebbe rovesciata in capo al disegno in parola, già all'indomani della sua approvazione da parte del Consiglio dei Ministri¹; trovo comunque singolare che se ne siano avuti non pochi di segno diametralmente opposto, come se da talune formule potesse estrarsi il bianco e il nero allo stesso tempo. E ciò, si badi, non soltanto tra gli operatori politici ma anche tra i cultori del diritto costituzionale, alcuni ritenendo che in esso si raffiguri il volto di un "premieratino"² o di un "semipremierato"³, altri, di contro, quello di un "premierato assoluto"⁴, risultando gravemente alterata la forma di governo⁵ e gettandosi le basi per l'avvento di un nuovo regime autoritario⁶.

* Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina.

¹ Si rilevano al riguardo talune, non meramente marginali modifiche tra il testo reso noto dal Ministro per le riforme ed al quale ha fatto altresì riferimento il comunicato stampa di Palazzo Chigi n. 57 del 3 novembre 2023, data dell'approvazione del disegno da parte del Consiglio dei Ministri, e il testo del disegno di legge costituzionale, Sen. n. 935, già per ciò che riguarda il titolo dell'atto (nel quale, in ispecie, non si fa più parola della razionalizzazione del rapporto di fiducia) e alcuni dei suoi più salienti contenuti (part., in relazione alle modalità di elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere, non più in "un'unica scheda elettorale" bensì "contestualmente", con la conseguenza che per effetto del voto disgiunto potrebbero aversi maggioranze diverse nei due rami del Parlamento [ho già sollecitato a fermare l'attenzione su queste modifiche nel mio *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *Consulta OnLine*, n. 3/2023, p. 1009 ss.; adde, ora, M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*. *Noterelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto non dica*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on-line*, n. 2/2023, p. XLVIII ss.].

² A. Morrone, *Il "premieratino" di Meloni è inutile e dannoso*, in *Domani*, 1 novembre 2023.

³ A. Sterpa, *Migliorare questo semi-premierato*, in *Il Riformista*, 2 novembre 2023.

⁴ G. Azzariti, *I pericoli del premierato confuso*, in *Il Manifesto*, 3 novembre 2023.

⁵ Del suo "stravolgimento" discorre F. Pastore, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel ddl costituzionale, A.S. 935 della XIX legislatura: la proposta di concentrazione del potere nella mani del capo presentata sotto le mentite spoglie di un "premierato"*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on-line*, n. 2/2023, p. XXXVI ss.

⁶ Di "retorica del capo" discorre C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on-line*, n. 2/2023, XXVI ss.; di un "uomo solo al comando" D. Stasio, *Il modello è l'uomo solo al comando, così si tradisce la Costituzione*, in *La Stampa*, 30 ottobre 2023; pure ivi, di "pieni poteri" devoluti al Premier tratta M. Sorgi, *Quei pieni poteri che negano la Carta*, 1 novembre 2023; di "potere unico, altro che separazione dei poteri" L. Violante, nell'intervista resa a F. Martini, *Con questo testo siamo al potere unico. Rischiamo gravi fratture sociali*, in *La Stampa*, 5 novembre 2023. V., inoltre, M. Calamo Specchia, op. cit.

Ora, questa autentica babele di lingue ha, per vero, modo di alimentarsi da talune sibilline affermazioni sparse qua e là nell'articolato, malgrado la sua stringatezza espressiva: solo un pugno di disposti della Carta viene infatti espressamente innovato, ma si sa che, a volte, è sufficiente rimuovere anche una sola parola o virgola per stravolgere complessivamente il senso non del solo enunciato oggetto di modifica ma dell'intero dettato costituzionale⁷. È, ad ogni buon conto, innegabile il fatto che raramente – come si diceva – un enunciato costituzionale sia stato (e sia) inteso in modi diametralmente opposti da pur accreditati studiosi.

Non è su ciò che desidero, comunque, ora fermare rapidamente l'attenzione, preferendo sfruttare lo spazio concessomi per dar voce ad un pensiero che mi sta particolarmente a cuore di rappresentare. Ed è che, a mia opinione, i dibattiti sulle riforme, oggi come ieri, presentano un vizio di fondo, direi: di metodo, fermandosi alla crosta del fenomeno indagato senza spingersi in profondità per tentare di portare alla luce ciò che si trova negli strati sottostanti. È sufficiente, per avvedersene, tenere presente com'è vista l'annosa e spinosa questione della stabilità dei Governi, assumendo che sia sufficiente far luogo a questa o quella innovazione (non solo della Costituzione ma anche di leggi comuni di rilievo costituzionale, regolamenti camerali, ecc.) per assistere finalmente al miracolo del suo conseguimento.

Qui, si commette, in primo luogo, l'errore di non considerare che la stabilità è un'arma a doppio taglio e che può, in talune circostanze, rivoltarsi a mo' di *boomerang* contro chi se ne avvale. Basti solo al riguardo pensare ai casi in cui a responsabilità di governo siano chiamati soggetti che, per l'una o l'altra ragione, si siano dimostrati e si dimostrino inadeguati al ruolo⁸.

Si dirà che un giudizio siffatto è del tutto opinabile e che prova troppo, potendo quindi sconsigliare dal porre mano a qualsivoglia innovazione della Carta (o di altri documenti normativi), pur laddove l'esperienza insegna che vi si debba piuttosto fare urgentemente luogo.

In realtà, è pur sempre da tener presente l'evenienza dello scarto, col tempo fattosi viepiù vistoso, tra la mole imponente dei problemi da risolvere al fine di dare un qualche

⁷ Si pensi, per fare solo il primo esempio che viene in mente, allo scenario che verrebbe a delinearsi per effetto della cancellazione dalla lavagna costituzionale della parola «democratica» che figura nell'art. 1.

⁸ La governabilità, insomma, non discende meccanicamente e – potrebbe dirsi – *a rime obbligate* dalla stabilità, come invece stancamente si ripete specie da parte dei più convinti sostenitori del disegno in commento [per tutti, T.E. Frosini, in più scritti, tra i quali *Il premierato e i suoi nemici*, in *Dir. pubbl. eur., Rass. on-line*, n. 2/2023, XVII ss.], per quanto la seconda sia innegabilmente condizione della prima.

appagamento a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale e la qualità o, diciamo pure, la stoffa delle persone che dovrebbero cimentarsi in questa prova durissima; ed è proprio da quest'angolo visuale che si può (e deve) far luogo alla osservazione di ciò che sta sotto la crosta del fenomeno. La ricerca del modo migliore per dar vita a Governi che governino (e che governino *bene*) rimanda, infatti, ad un nodo non sciolto e, anzi, col tempo fattosi sempre più aggrovigliato, sì da rendersi assai problematico anche il solo allentarlo; ed è quello della qualità del personale politico, una qualità vistosamente carente (in altri luoghi⁹ ho al riguardo discorso di un vero e proprio *degrado culturale della rappresentanza politica*).

Ora, poiché il personale politico non viene da Marte ma è estratto dal corpo sociale, è di tutta evidenza che si rende necessario porre una buona volta mano ad interventi strutturali in seno a quest'ultimo, se si vuol coltivare la speranza di porre almeno in parte rimedio ai guasti ed alle complessive carenze di cui si ha in atto riscontro.

Ci s'intenda.

Le regole possono (e devono) fare la loro parte allo scopo, ma il luogo in cui dare avvio a taluni drastici interventi è quello in cui prendono forma le regolarità della politica.

Il punto è però che le regole che ci si prefigge di mettere in cantiere con la riforma Meloni vanno, a mia opinione, nella direzione esattamente opposta a quella giusta da intraprendere, per la elementare ragione, stranamente sfuggita anche ai più avveduti commentatori, che esse appaiono già a prima vista stonate rispetto al contesto politico-sociale nel quale sono destinate ad operare; di sicuro a parer mio lo sono proprio in relazione agli obiettivi di cui si faceva prima parola, la stabilità e, più ancora, la governabilità.

Ne è presto detta la ragione.

In un sistema politico connotato da un sostanziale bipartitismo o, come che sia, da un pluripartitismo moderato, la stabilità stessa, dandosene le condizioni oggettive di contesto, non è di ardua realizzazione. Di contro, in un sistema segnato da un pluripartitismo esasperato, nonché da maggioranze di governo internamente assai poco coese a motivo della competizione incessante che si intrattiene tra i *partners* della coalizione vincente¹⁰, lo spettro della crisi è costantemente incombente, dal momento che è sufficiente che uno dei

⁹ ... a partire da *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Liber amicorum Guerino D'Ignazio*, nonché in *Ord. int. e dir. um.*, n. 2/2023, 15 maggio 2023, p. 216 ss.

¹⁰ ... e anche tra i partiti di opposizione che non perdono occasione per farsi la guerra a vicenda, nel tentativo di erodere quote a volte irrisorie di consenso, più (e prima ancora) che farla alle forze politiche di maggioranza.

partiti si sfilò dalla maggioranza perché la crisi stessa si manifestò in tutta la sua dirompente portata.

Cosa può, dunque, far pensare che sia sufficiente l'elezione diretta del *Premier* per parare questo rischio?

Il meccanismo di elezione in parola solleva, poi, non poche perplessità, per più d'una ragione. Mi limito solo ad elencare le maggiori, senza darvi esteso svolgimento argomentativo, di cui è altra la sede¹¹.

La prima è che, francamente, non si capisce come mai si sia pensato di riesumare un ingranaggio istituzionale sperimentato – peraltro, senza successo... – nel solo Israele negli anni novanta del secolo scorso ed ivi prontamente rimosso¹².

La seconda è che non ha senso alcuno far luogo a siffatto modo di preposizione all'ufficio mantenendo però allo stesso tempo immutati i poteri spettanti al Presidente del Consiglio a norma dell'art. 95 della Carta. È evidente che le due cose non possono stare assieme. L'elezione diretta è congrua infatti con un assetto politico-istituzionale in cui il *Premier* detiene centralità di posto in ordine all'esercizio della direzione politica, in cui cioè non si limita a “dirigere” la politica generale del Governo bensì la “determina”, tant'è che da più parti si sollecita proprio questa innovazione.

Rammento al riguardo che alla Costituente era stata affacciata l'idea che la fiducia dovesse essere data al solo Presidente del Consiglio che, dopo averla incassata, avrebbe scelto i Ministri, proponendone i nominativi al Capo dello Stato: soluzione scartata proprio perché non s'intendeva fare del Presidente stesso l'esclusivo autore del programma; ed a ragion veduta, essendo al tempo chiaramente delineato lo scenario dei governi di coalizione¹³. Di qui, il linguaggio cauto e – direi – paludato dell'art. 95, per ciò che attiene al modo di formazione della «politica generale del Governo» ed ai rapporti tra Presidente del Consiglio e Ministri. Non è, inoltre, inopportuno rammentare che il disegno qui succintamente annotato nulla dice in merito al potere di revoca dei Ministri; e – checché se ne dica anche da parte di accreditati studiosi – a me pare che, nel silenzio della Carta, non se ne possa ammettere il riconoscimento, se è vero che le competenze di rilievo costituzionale vi sono

¹¹ Ho già anticipato alcune delle notazioni critiche al disegno in commento, ora riprese con ulteriori precisazioni, nel mio *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, cit.

¹² Si è, ancora di recente, riferito a questa vicenda F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, in *Consulta OnLine*, n. 3/2023, p. 1020 ss., spec. p. 1022 ss.

¹³ Riferimenti ai lavori preparatori della Carta possono, volendo, aversi dal mio *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, spec. p. 53 ss. e p. 90 ss.

se ed in quanto si diano appunto le norme che le stabiliscano. Se, infatti, si conviene che la revoca sia il *contrarius actus* della nomina, al pari della proposta di quest'ultima anche quella riguardante la prima dovrebbe rinvenire espresso fondamento nella Carta; opportuna, dunque, per quest'aspetto la esplicita previsione al riguardo contenuta nel progetto d'Italia Viva¹⁴.

Insomma, a stare al disegno Meloni così com'è, parrebbe che per il futuro Presidente del Consiglio cambi solo il modo di preposizione all'ufficio, non già la consistenza dei poteri di cui è dotato: cosa, però, del tutto priva di senso se si conviene che l'elezione diretta si giustifica proprio in un quadro complessivo che vede profondamente mutati la figura e il ruolo dell'organo.

La terza è data dai riflessi che a raggiera possono aversi per effetto del modo suddetto di elezione a carico dell'intera impalcatura istituzionale, con riguardo cioè ai poteri ed al ruolo degli altri organi costituzionali, in ispecie del Parlamento per un verso, dei massimi organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) e di altri ancora (come il C.S.M.) per un altro, senza peraltro tacere il *vulnus* recato al meccanismo che presiede alla revisione costituzionale, così come congegnato dal Costituente¹⁵.

Per il primo aspetto, ancora una volta, si registrano orientamenti marcatamente divergenti tra i commentatori. È chiaro, d'altronde, che chi qualifica il nuovo quadro istituzionale quale un *premieratino et similia* è portato a considerare il futuro Presidente del Consiglio una sorta di *ostaggio* nelle mani della maggioranza parlamentare¹⁶, come pure a ragionare di una "tirannia"¹⁷ della maggioranza stessa. Di segno opposto si dichiarano coloro che vedono nel nuovo *Premier* una sorta di sovrano assoluto¹⁸.

¹⁴ Diversamente A. Spadaro, *Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del Premier)?*, in corso di stampa negli *Scritti per Beniamino Caravita*, a cui opinione la novità in parola potrebbe introdursi a mezzo di una revisione apportata alla legge n. 400/1988.

¹⁵ Richiama opportunamente l'attenzione sul punto di cruciale rilievo, ora, M. Calamo Specchia, op. cit., p. LVII ss., sollecitando pertanto un adeguamento dei *quorum* in atto previsti dall'art. 138 al nuovo contesto politico. Il punto è siffatta innovazione, per un verso, dovrebbe prendere forma a mezzo di legge di revisione venuta alla luce per l'ultima volta nel rispetto della disciplina vigente e, per un altro verso, dovrebbe essere voluta da quelle stesse forze politiche che per effetto della revisione stessa sarebbero limitate nella loro libertà di azione politica. Torna allora alla mente il noto paradosso del cappone, dal quale nessuno può pretendere che prenda l'iniziativa di essere messo in pentola per il cenone di Natale.

¹⁶ In questi termini, appunto, ne discorre una sensibile dottrina (S. Curreri, *Troppi poteri al Premier? No, sarà un'anatra zoppa*, in *L'Unità*, 2 novembre 2023). Similmente M. Calamo Specchia, op. cit., p. LIII, a cui opinione il disegno fa dei partiti i "domini della permanenza in carica tanto del Presidente del Consiglio eletto quanto del governo da questo formato, contraddicendo le finalità che la riforma intenderebbe perseguire, vale a dire la permanenza in carica per cinque anni del governo".

¹⁷ A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on-line*, n. 2/2023, p. I ss.

¹⁸ V., nuovamente, gli scritti di D. Stasio e M. Sorigi e degli altri autori sopra richiamati.

Ora, a me pare che sul versante dei rapporti con il Parlamento si prefiguri uno scenario in cui ciascuno degli organi della direzione politica può dare scacco matto all'altro, con la stranezza però che, a differenza del gioco in parola, in tal modo finisce con il perdere ugualmente la partita, sia pure a seguito di un tortuoso itinerario.

L'ingranaggio è singolare e riecheggia vagamente il *simul simul* sperimentato in ambito locale¹⁹, prendendo forma quello che un'accreditata dottrina ha anni addietro efficacemente definito l'"equilibrio del terrore"²⁰. Non v'è dubbio che la stabilità riceva in tal modo un solido puntello, ciascuno dei due attori sulla scena essendo consapevole che la caduta dell'altro comporterebbe fatalmente anche la propria, e viceversa; solo che lo stallo politico di certo non giova al buon governo...

Qui, però, per vero, l'automatismo non c'è, o meglio non è immediato, dal momento che, a seguito della mancata concessione della fiducia iniziale al Governo ovvero della cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, si offre ugualmente a quest'ultimo (nel primo caso) ed allo stesso ovvero ad un parlamentare candidatosi in collegamento con il Presidente eletto²¹ (nel secondo) l'incarico di formare il Governo; e solo qualora quest'ultimo non dovesse ottenere la fiducia delle Camere, si farebbe luogo allo scioglimento.

Si registrano al riguardo alcune stranezze, come le si è altrove chiamate.

La prima è che non si capisce quale sia la *ratio* del conferimento di un nuovo incarico al Presidente del Consiglio che non abbia avuto la fiducia iniziale, per remota – si fa da molti giustamente notare²² – per vero che sia siffatta ipotesi (fiducia la cui previsione, peraltro, dico *per incidens*, è stata ampiamente criticata); parimenti non chiara è la ragione del

¹⁹ ... che peraltro, non appare esente da limiti strutturali di rendimento; e ciò, in disparte la intrinseca ed "ineliminabile contraddizione", ancora da ultimo opportunamente segnalata da F. Pastore, op. cit., p. XLV ss., data dal fatto che tanto l'assemblea rappresentativa quanto il vertice dell'esecutivo eletto a suffragio universale si considerano depositari della sovranità popolare [in tema, ora, anche F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, cit.].

²⁰ G. Silvestri, *Relazione di sintesi*, in A. Ruggeri e G. Silvestri (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano 2001, p. 210 ss.; l'A. ha quindi ripreso in seguito la felice formula [spec., in *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare* (discorso tenuto dal Presidente Silvestri in occasione della seduta solenne in ricordo del 50° dell'Assemblea legislativa regionale, Trieste 26 maggio 2014), in *paper*].

²¹ ... ma non – si faccia caso – ad un parlamentare transitato in un momento successivo in uno dei gruppi della maggioranza; paradossalmente, invece, l'incarico potrebbe essere dato ad un parlamentare candidatosi in collegamento con il Presidente eletto e poi transitato sul fronte avverso. È vero che lo stesso dovrebbe offrire adeguate garanzie in merito alla realizzazione degli impegni programmatici del *Premier* uscente, ma non si vede come possa aversene la certezza, tanto più che i contesti mutano e, con essi, anche gli obiettivi e l'azione di governo (argomento, questo, che ovviamente vale anche per il caso di reincarico allo stesso *Premier* dimissionario).

²² Per tutti, M. Della Morte, *Uno vale tutti. Considerazioni critiche (a prima lettura) sul d.d.l. premierato*, in *Dir. pubbl. eur., Rass. on-line*, n. 2/2023, p. XXXII.

reincarico in caso di dimissioni sopravvenute, che potrebbe giustificarsi in vista della formazione di una nuova maggioranza²³, vale a dire dell'avvento di una formula politica diversamente colorata rispetto alla precedente, di un *ribaltone* insomma, come si è soliti chiamarlo, con buona pace delle martellanti dichiarazioni d'intenti fatte da autorevoli esponenti dell'attuale maggioranza e volte a porre fine ad ogni esperienza di trasformismo politico²⁴.

Da questa prospettiva, è da chiedersi che senso abbia lo stesso incarico conferito ad un parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio dimissionario e vincolato alla realizzazione degli obiettivi programmatici da questo assunti: un preorientamento, questo, del tutto privo di *ratio* ed avulso dalla realtà, sol che si consideri che – come si accennava poc'anzi – sopravvenute esigenze possono obbligare il Governo e la maggioranza che lo sostiene a significative correzioni di rotta.

L'incarico al parlamentare parrebbe, ad ogni buon conto, afflitto da una contraddizione interna insanabile: da un canto, apparendo giustificato proprio nella *logica* di una discontinuità rispetto alla precedente esperienza di governo, sul piano della formula come pure dei tratti qualificanti dell'azione di governo, e però, da un altro canto, in quella della continuità, evocata dal riferimento agli impegni programmatici suddetti²⁵.

Non resta allora che pensare al caso che le dimissioni del *Premier* si debbano a ragioni riguardanti la sua persona e che, appunto, sollecitino ad affidare ad altro soggetto l'incarico di formare il Governo. Per altro verso, laddove il Presidente del Consiglio abbia dato prova di non saper esercitare a modo il mandato conferitogli ovvero che sia stato impedito di farlo dalla rissosità dei *partners* di governo non è, di certo, la persona giusta per ricoprire lo stesso posto di prima, rendendosi pertanto necessario l'avvicendamento nella carica. Nei fatti, tuttavia, può anche darsi che il *Premier* dimissionario abbia egregiamente esercitato

²³ Così, ora, anche F. Furlan, op. cit., pp. 1034 e 1038.

²⁴ Ancora M. Della Morte, op. cit., a riguardo del disposto che mira all'obiettivo di fugare il rischio dei "ribaltoni", rileva che esso "determinerebbe la crisi, forse definitiva, del parlamentarismo razionalizzato ed il probabile avvio dello *staffettismo*, altrettanto razionalizzato" (c.vo testuale). In merito ai fenomeni di transfughismo o trasformismo politico, che parrebbero essere incoraggiati dal disegno in commento, v., inoltre, D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la raazionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rass. on-line*, n. 2/2023, p. VI ss.

²⁵ Assai remota, per vero, appare la eventualità, prefigurata da F. Furlan, op. cit., di un Governo diversamente composto per l'aspetto della formula politica che s'impegna a realizzare il medesimo programma del precedente Governo.

il *munus* demandatogli e che – come si è fatto notare da accreditati studiosi²⁶ – si sia qui voluto spianare la via, *quodammodo razionalizzandolo*, al patto della staffetta.

Sta di fatto che, a prender per buona la lettera dell’articolato in commento, il mutamento di maggioranza (il *ribaltone*, appunto) in corso di legislatura costituisce una eventualità che – come si è veduto – non può essere scartata.

In questo complesso e, a dirla tutta, farraginoso ingranaggio, il posto detenuto dalle assemblee rappresentative è oggettivamente scomodo, consapevoli che hanno una sola carta di riserva da giocare dopo il primo voto di sfiducia, dal momento che, reiterato quest’ultimo la seconda volta, è fatale il ritorno alle urne.

Per quest’aspetto, anche il ruolo del Capo dello Stato ne risente, in sensibile misura. L’organo infatti non dispone più dei margini di manovra che a tutt’oggi gli sono dati, perlomeno dal dettato costituzionale così com’è. Diversa notazione è, invece, da fare, già per il presente, alla luce delle regolarità della politica. È chiaro che, nel momento in cui i partiti si presentano alle elezioni divisi in schieramenti contrapposti o, diciamo meglio, per il caso che ve ne sia almeno uno, come in atto si ha sul fronte del centro-destra, e già durante la campagna elettorale sia prescelto il futuro inquilino di Palazzo Chigi, la distanza tra elezione diretta e mera designazione diretta, sulla carta netta, si accorcia nei fatti sensibilmente²⁷. Parimenti chiaro è, poi, che, venendosi a determinare una crisi di governo, laddove non si diano le condizioni per far luogo al tentativo di salvare la legislatura, già al presente risulta inevitabile l’appello al popolo.

Ad ogni buon conto, non v’è dubbio che altro è uno scenario in cui lo scioglimento delle Camere e la fine della legislatura siano stabiliti nella Carta ed altra cosa che essi risultino in forza di regole della politica, passibili – come si sa – di repentino cambiamento secondo occasionali convenienze.

È bene inoltre mettere in evidenza che il disegno in esame si fa cura di disciplinare alcune delle più salienti vicende della relazione fiduciaria ma non esaurisce il quadro delle eventualità di cui può al riguardo aversi riscontro. Ad es., nulla dice in merito ad eventuali scioglimenti anticipati dovuti ad acclarata carenza di rappresentatività delle Camere (ad

²⁶ In aggiunta a M. Della Morte, sopra cit., v., part., M. Villone, *La terza Repubblica tra autocrazia e trovate vintage*, in *Il Manifesto*, 5 novembre 2023. Ad avviso, poi, di S. Cassese, nell’intervista a N. Carratelli, dal titolo *La riforma va nella direzione giusta. Ma ora attenzione a non sbandare*, in *La Stampa*, 5 novembre 2023, “la norma cosiddetta anti-ribaltone spinge il leader del secondo partito a far cadere il presidente del consiglio”.

²⁷ Sul punto, ora, A. Spadaro, op. cit., che rileva come la seconda soluzione, oltre a non richiedere alcuna revisione della Carta, presenti il vantaggio di non esporre ad una sostanziale *deminutio capitis* sia le Camere che il Capo dello Stato.

es., per effetto di prove elettorali regionali a tappeto o europee): una delle cause prefigurate da un'accreditata dottrina quali legittimanti l'anticipata chiusura della legislatura.

Come si vede già dai cenni appena fatti, con la riforma in commento muta in non secondaria misura anche il ruolo del Presidente della Repubblica che nel complesso ne risulta sensibilmente contratto, recuperando l'organo un certo margine di manovra unicamente per il caso che sia messo in grado di scegliere se conferire l'incarico di formare il Governo allo stesso *Premier* dimissionario ovvero al parlamentare al primo collegato in occasione della tornata elettorale.

V'è, però, di più; e la maggioranza di cui si avrà riscontro all'esito della tornata stessa, grazie al premio conferitole – si badi, quale che sia la soglia minima di voti ottenuti: mancata previsione, questa, giustamente, diffusamente deplorata e tacciata di palese incostituzionalità²⁸ –, è tale da lasciare il segno in sede di elezione del Capo dello Stato e di una quota consistente di membri della Corte costituzionale²⁹ e del C.S.M.

Il cerchio così si chiude in modo perverso, potendosene avere, ove se ne diano le condizioni politiche, lo stesso svuotamento del valore democratico e, per ciò pure, della Costituzione nella sua essenza. Insomma, come nel gioco dell'asso *pigliatutto*, c'è il rischio della sostanziale devitalizzazione dei meccanismi di garanzia e, ad essa conseguente, della complessiva torsione del modello delineato nella Carta tanto per la forma di governo, quanto (e più ancora) per la forma di Stato. Rischio non meramente teorico-astratto bensì reale, ove si consideri il quadro politico-istituzionale in cui la riforma s'inscrive e mira ad affermarsi: un quadro che, al pari di un terreno minato, appare profondamente segnato da un populismo diffuso, di cui si ha peraltro riscontro (e la cosa è assai grave) tanto tra le fila della maggioranza che in seno ai partiti di opposizione, e da un nazionalismo accentuato che, specie in relazione a talune questioni di cruciale rilievo (quale, ad es., quella relativa alla gestione dei migranti), si fa viepiù agguerrito e vistoso. Insomma, un'autentica miscela

²⁸ Riferimenti nel mio *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, cit., p. 1017 ss.

Si segnala al riguardo la precisazione fatta dall'on. La Russa in una lettera al Direttore de *Il Corriere della Sera*, sotto il titolo *Il premierato e il caso olandese*, 25 novembre 2023, con riferimento ad un articolo di A. Polito apparso nello stesso quotidiano, nella quale il Presidente del Senato garantiva che la soglia richiesta per l'assegnazione del premio di maggioranza sarebbe stata fissata nella nuova legge elettorale e che al riguardo vi sarebbe unanimità di vedute tra i partiti della coalizione di governo, non essendo stato giudicato opportuno farne parola nella Carta novellata. L'autore dell'articolo in parola teneva, però, a rilevare in calce alla lettera suddetta che l'entità del premio è indicata nel disegno di riforma e, di conseguenza, anche la soglia dovrebbe esserlo. Si segnala, inoltre, la replica a *La Russa* nello stesso giornale di D. Parrini, "*Premierato*", *quanta confusione nella maggioranza*, 26 novembre 2023.

²⁹ ... persino – si faccia caso – due terzi, ove si sommino ai membri eletti dalle Camere quelli nominati da un Capo dello Stato che sia filiazione diretta della sola maggioranza di turno.

esplosiva, come la si è altrove chiamata, che potrebbe deflagrare all'improvviso causando guasti d'inusitata gravità, ai quali non si saprebbe poi se e come vi si possa porre almeno in parte riparo.

Al tirar delle somme, come si è tentato di mostrare, non si vede quale utilità possa venire dalla riforma in cantiere, mentre sono ben visibili gli inconvenienti ai quali per effetto del suo varo si potrebbe andare incontro. Ed allora può apparire non infondato il sospetto che – come, peraltro, più volte si è fatto in passato con altri disegni di riforma – si tratti piuttosto di una manovra diversiva, messa in atto a bella posta per distrarre la pubblica opinione dalla mole ingente dei problemi che affliggono il Paese: una manovra che ha, però, un costo assai elevato, dando fiato alla erronea credenza che tutto il male discenda dalla Carta e che pertanto sia ormai indifferibile riscriverla, perlomeno in alcuni suoi punti di cruciale rilievo, laddove il sistema politico e coloro che in esso operano risultino esenti da menda alcuna.

Si faccia piuttosto luogo, una buona volta, da parte delle forze politiche ad uno scrupoloso esame di coscienza e si ponga mano, sena ulteriori indugi, ad una profonda riconsiderazione critica del sistema al quale appartengono, rendendo finalmente testimonianza concreta di adesione all'etica pubblica cui dà voce la legge fondamentale della Repubblica.

IL PROGETTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE DEL GOVERNO MELONI: CAMBIARE TUTTO PER NON CAMBIARE NIENTE.

di Francesco Zammartino*

LXXI

È ormai da 40 anni (dalla Commissione Bozzi del 1983) che il dibattito sulla nuova forma di governo in Italia va avanti, con repentini scatti alternati a lunghe pause. Un acceso dibattito in cui alla parola d'ordine *governabilità*, sono spesso seguite, tra veti e ricatti da parte dei partiti, vere e proprie *terapie istituzionali*, che, piuttosto di discendere da una precisa e seria diagnosi dei mali che affliggono il nostro sistema politico-istituzionale, sono state spesso il frutto di soluzioni più pensate come si dice in gergo *a freddo, a tavolino*, come tornaconto di meri interessi politici e contingenti. Ciò ha suscitato la sensazione che tali reiterate e diverse proposte di riformare o revisionare puntualmente la Costituzione, se da una parte, hanno avuto il merito di aver suggerito finalmente ai partiti il loro passatempo nazionale, dall'altro, hanno contribuito a disorientare il cittadino comune, il quale, alimentando aspettative eccessive nelle riforme costituzionali, ha maturato la convinzione che, di fronte a una Costituzione nella sua seconda parte ormai delegittimata (vogliamo ignorare il fatto che nel nostro Paese da decenni si è passati da una democrazia rappresentativa ad una democrazia d'investitura, atteso che sono i segretari dei partiti e non il corpo elettorale a scegliere i parlamentari?), la realizzazione di una sua riforma fosse da considerarsi la panacea a tutti i mali che affliggerebbero il nostro sistema politico-istituzionale.

Abbandonare, quindi, a ogni costo il quadro costituzionale, con il solo scopo del cambiamento per il cambiamento, potrebbe tradursi in un'operazione artificiosa ed estremamente pericolosa.

Chi si presta a questo gioco non tiene nel giusto conto i pericoli connessi a un'opera forte e continua di delegittimazione della Costituzione vigente, che, con il passar del tempo,

* Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Napoli L'Orientale.

potrebbe rilevarsi anche più dannosa dell'opzione di non prevedere in un prossimo futuro nell'agenda politica una coerente ed organica riforma del nostro sistema istituzionale.

Posto tutto ciò in premessa e salutando positivamente la scelta dell'attuale Governo di aver evitato di incorrere nell'errore metodologico di sovrapporre al ragionamento sulla riforma un sondaggio sul governo in carica, il 3 ottobre scorso è stato approvato il disegno di legge di revisione costituzionale n. 935, *Introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e razionalizzazione del rapporto fiduciario*, successivamente modificato dal Consiglio dei Ministri in *Disposizioni per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*.

L'intento, quindi, sarebbe, in linea generale, quello di prospettare un modello in cui si garantisca la stabilità, la governabilità e l'efficienza dei processi decisionali.

Un obiettivo che non dovrebbe incutere *timore* (la speranza è che appartenga a una fase superata lo sterile quanto capzioso ritornello che l'introduzione di sistemi a prevalenza dell'esecutivo sia l'anticamera di derive autoritarie), dal momento che le migliori democrazie continentali e non hanno contesti costituzionali in cui vige un parlamentarismo c.d. razionalizzato, pur nelle loro profonde diversità.

Ora, però, se è vero che lo spirito del processo di una riforma dipende, sostanzialmente, dalla coerenza con cui esso saprà coincidere agli indirizzi di fondo, allora la sensazione che sembra prevalere ad una prima lettura del disegno di legge in questione è che esso sconti un difetto di fondo che, in verità, è difficile rinvenire nei precedenti progetti di riforma.

Stupisce il fatto, invero, che *l'area costituzionale* interessata dal disegno di legge di revisione è circoscritta a soli quattro articoli (59, 88, 92 e 94 Cost.). Nessuna delle precedenti proposte di riforma, pur nelle loro incongruenze, difettava di una tale disorganicità. Disorganicità che incide, a parere di chi scrive, sulla coerenza stessa del modello progettato in relazione alla Carta costituzionale nel suo complesso; il Testo, infatti, prevede espressamente la trasformazione della forma di governo parlamentare in un premierato elettivo (peraltro non previsto in nessuna democrazia parlamentare, tranne per un breve periodo in Israele), secondo quanto disposto dalla nuova formulazione dell'art. 94 Cost., ma quale sarà effettivamente l'incremento dei poteri dell'esecutivo e del suo capo (un sistema a prevalenza del Premier, a Premierato forte o un ritorno al presente nel senso cambiare tutto per non cambiare niente?) è un esercizio di pensiero di non facile

risoluzione, atteso che si è in mancanza di una precisa individuazione dei meccanismi costituzionali che darebbero forma e materia alla stessa nuova forma di governo.

Ma andiamo per ordine.

Sopraspedendo sulle revisioni degli artt. 59 e 88 Cost. che indubbiamente riguardano vicende che solo marginalmente attengono all'oggetto originariamente indicato nel titolo (precisamente esse si occupano dell'abrogazione del co. 2 dell'art. 59 che prevede la figura dei senatori a vita e della eliminazione del potere del Capo dello Stato di procedere allo scioglimento di un solo ramo del Parlamento), fa specie innanzitutto che si voglia introdurre un premierato elettivo non facendosi alcun accenno al passaggio da un sistema di bicameralismo perfetto a uno di bicameralismo imperfetto, che pure è uno dei tratti qualificanti delle democrazie maggioritarie (il Parlamento non viene assolutamente toccato dal progetto riformatore).

Anzi, la previsione che il rapporto di fiducia rimanga esercitato collettivamente dai due rami del Parlamento (art. 94, co. 2, Cost.), non solo appare difficilmente compatibile con la regola dell'elezione diretta del premier, ma sembra inficiare gli effetti stessi della dinamica maggioritaria cui s'ispira la realizzazione del premierato.

Infatti, all'elezione diretta del premier, così come previsto dall'art. 3 del testo di modifica dell'art. 92 Cost., potrebbero affermarsi paradossalmente (ipotesi non del tutto velleitaria), a maggior ragione se la scelta del sistema elettorale sarà a doppio turno, maggioranze diverse nelle due camere parlamentari (l'art. 57 Cost. rimane invariato e quindi i senatori saranno eletti a base regionale), con susseguente conferimento del premio di maggioranza fissato al 55% per la coalizione collegata al premier vincitore (ma le obiezioni relative all'interferenza di un premio di maggioranza sancite dalla Consulta con la sentenza n. 1 del 2014?) a due forze politiche diverse che potrebbe compromettere il rapporto fiduciario con il governo e l'eventualità di un vera e propria paralisi istituzionale.

Se poi si aggiunge la cd. clausola *anti-ribaltone* di cui all'art. 4, co. 1, lett. b) che innova l'art. 94 Cost., che, dispone che, qualora sia sfiduciato il premier, il nuovo incarico possa essere conferito dal Presidente della Repubblica non solo allo stesso *Premier* (e sarebbe il male minore), ma anche a un parlamentare sostenuto da una nuova maggioranza nel frattempo costituitasi in Parlamento, ma che non ha ricevuto un mandato elettorale, appare facilmente intuibile che in un sistema, come quello italiano, imperniato su coalizioni, in pratica la successione alla *premiership* rischi di diventare un fatto tutto interno alla maggioranza parlamentare.

Per non accennare all'ipotesi (di difficile, ma di possibile realizzazione) di alcune forze politiche che, separandosi dalla maggioranza che si è costruita intorno al Presidente del Consiglio eletto, propongono di costituirne un'altra con l'aiuto di gruppi parlamentari dell'opposizione, legittimando così un contrasto interno alla maggioranza e lasciando ai partiti della coalizione la facoltà di decidere di aprire la crisi.

È chiara l'incoerenza con l'elezione diretta del premier, nel senso che il Governo nasce dal voto popolare insieme al Parlamento e dovrebbe rimanere in carica per la stessa durata del mandato come ci ricorda il brocardo latino *simul stabunt vel simul cadent*.

Su questa linea di ragionamento, la sola designazione elettorale del *Premier* non sembra che sia elemento sufficiente per affermare la stabilità dell'esecutivo, se poi non si prevedono ulteriori correttivi costituzionali; implicazione logica necessaria, che renderebbe il progetto più coerente riguardo all'obiettivo prefissato, sarebbe, per esempio, quello di garantire l'attribuzione del potere di scioglimento del Parlamento in capo al *leader* della maggioranza, quale efficace strumento, sia per fronteggiare la crisi del rapporto fiduciario con il Parlamento, sia per essere deterrente nei confronti di quelle componenti *ribelli* della maggioranza. Anzi, non sembra affatto molto lontano dal vero ritenere che quanto detto sia una conseguenza del tutto naturale, poiché il potere di decidere di interrompere la legislatura sposterebbe l'attenzione sul rapporto fiduciario Premier/Corpo elettorale, anziché su quello Parlamento/Governo.

Di più, sempre nell'ottica di rafforzare il ruolo del *Premier* eletto, il legislatore costituzionale potrebbe finalmente formalizzare lo statuto delle opposizioni che, quale complesso di norme organiche indirizzate a regolare il ruolo, le funzioni e le garanzie delle opposizioni parlamentari, potrebbe stimolare proprio il ruolo delle opposizioni.

Ciò induce a considerare come venga lasciato ancora del tutto insoluto il punto cruciale del modello progettato e cioè a chi tocchi tra il Premier e il Parlamento l'effettivo potere di indirizzo politico (come evidenziato da Alberto Lucarelli nell'*Editoriale* che ha aperto questo dibattito).

L'altro aspetto centrale del d.d.l. in parola è il ruolo del Presidente della Repubblica che assumerebbe nel progetto di riforma.

Il fatto che non venga previsto per il Premier eletto la nomina e la revoca dei ministri, ma che ciò rimanga nelle prerogative del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 92, co. 2 Cost., potrebbe ritenersi, ad una prima analisi, che il ruolo del Capo dello Stato sia in sostanza lasciato immutato. Ma è proprio questo che spinge a rilevare i *paradossi* del

progetto riformatore oggetto delle riflessioni: cosa a che vedere con il vero premierato, per esempio un sistema in cui si prevede che il Capo dello Stato conferisca l'incarico al premier eletto direttamente dal corpo elettorale? E ancora, ma siamo proprio sicuri che il ruolo del Presidente della Repubblica rimanga inalterato (se non potenziato) quando in caso di crisi del governo egli potrà conferire l'incarico di formare il Governo anche a un parlamentare, espressione di una nuova maggioranza parlamentare nel frattempo costituitasi di cui all'art. 4 c. 1 lett. b), di riforma dell'art. 94 Cost.?

La convinzione, quindi, di inserire nella Carta costituzionale la disposizione: «Il presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale» pensando poi di lasciare tutto immutato indubbiamente non funziona.

È ciò è tanto più vero qualora si consideri che le rilevate incoerenze del progetto non solo rappresentano un fattore di incertezza per quel che riguarda la reale configurazione della forma di governo prescelta, ma potrebbero avere nel medio periodo anche e soprattutto un impatto determinante sulla stessa forma di Stato.

Ciò spinge a stimare che, se in astratto il dibattito sulle riforme costituzionali ha una sua validità, in quanto riflessione sui problemi politici della democrazia italiana, i reali e (ormai biblici) nodi ancora da sciogliere che rendono la nostra una *democrazia bloccata* sono da imputare, principalmente, a quelli relativi al superamento dei vincoli nella struttura dell'istituzione governativa e dei rapporti con il legislativo, nonché alla situazione di grave disfunzione in cui da decenni versa il sistema amministrativo centrale e quello regionale-locale.

Si iscrivono in questa direzione, nuovi sistemi di selezione dei parlamentari, un intervento riformatore riguardante taluni aspetti della vita interna dei partiti tale da innescare procedure giuridiche più trasparenti ed efficaci, al fine di rivitalizzare la partecipazione politica di tipo partitico, una riforma elettorale che, oltre a garantire alcune forme di partecipazione degli elettori (si pensi al potere degli elettori di sottoscrivere le liste per la presentazione delle candidature), traduca fedelmente nelle sedi parlamentari le reali forze politiche in campo, un'organica riforma dell'organizzazione e del funzionamento dei nostri apparati amministrativi che, soprattutto alla luce crisi pandemica ed economica (si pensi alle incertezze registrate nella gestione del c.d. *Recovery fund*), è forse attualmente il vero *obiettivo costituente*.

Come è facilmente intuibile, sono tutti strumenti di razionalizzazione della forma di governo parlamentare che, a Costituzione invariata, ridurrebbero il livello di

frammentazione politica e responsabilizzerebbero le maggioranze e gli indirizzi di governo.

Ma ecco che tale prospettiva si scontra con una realtà ben più complessa che non è più fatta di soli modelli giuridico-costituzionali quanto di persone che rendono tali modelli concretamente vivi ed operanti, in una maniera anziché che in un'altra.

Sembra, pertanto, esser maturo il tempo per affrontare questi problemi, forse anche prima della questione delle riforme costituzionali, perché in una fase nella quale tendono ad isterilirsi i tradizionali canali di raccordo fra governati e governanti, per la presenza nella selezione di buona parte del personale politico di procedimenti di cooptazione persino meno trasparenti e controllabili di quelli giustamente deprecati della peggiore partitocrazia, occorrerebbe porre particolare cautela nel suggerire modificazioni ispirate a sistemi di per sé già caratterizzati da una forte personalizzazione della politica. A ragionare diversamente, si corre il rischio di fondare attese *miracolistiche* sull'una o sull'altra riforma istituzionale, di volta in volta presentata come la possibile panacea di tutti i mali, con l'unico risultato sicuro — una volta che l'innovazione eventualmente introdotta non avrà dato tutti i risultati sperati — di produrre un pericoloso *effetto boomerang*.

Le riforme temerarie, stese in modo superficiale e incoerente nel determinare *principi* avveniristici che non fissano un indirizzo politico preciso, ma solo la fortuita mediazione tra compromessi di politici opportunisti secondo il *manuale Cencelli*, tendono a generare un solo obiettivo: persuadere la comunità che il Testo costituzionale sia superato e inadeguato, e che quindi è opportuno che la politica si liberi dal controllo democratico sull'osservanza delle leggi e *faccia il suo corso*. Ma è appunto così che si rischia di allontanarsi dallo Stato di diritto.

IL DISEGNO DI LEGGE A.S. N. 935 2023.

di Fulco Lanchester*

Sommario. 1. Origini. – 2. Il progetto Renzi. – 3. Il progetto Meloni-Casellati. – 4. Sette osservazioni generali. – 5. Un’ipotesi alternativa.

LXXVII

1. Origini.

La proposta di legge costituzionale Meloni-Rampelli e altri di tipo semipresidenziale-presentata all’inizio della XVIII legislatura 2018, discussa l’anno scorso e archiviata quest’anno - era caratterizzata da contraddizioni evidenti (elezione diretta del Capo dello Stato e voto di sfiducia costruttivo)¹, Essa si presentava, però, come una bandiera identitaria per il partito della attuale Presidente del Consiglio, erede degli assertori dell’elezione diretta del Capo dello Stato sin dagli anni ‘40.

Il recente cambiamento di strategia istituzionale da parte di FdI, oggi partito di maggioranza relativa, deriva dalla consapevolezza dell’impossibilità di far digerire sia la forma di governo presidenziale che la variante semipresidenziale della forma di governo parlamentare anche agli altri componenti della coalizione di centro destra.

* Professore Emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma La Sapienza. Presidente della Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”.

¹Atti C.D.XVIII leg., proposta di legge costituzionale n. 716-A, *Modifiche alla parte II della Costituzione concernenti l’elezione diretta del Presidente della Repubblica*, d’iniziativa dei deputati Meloni, Rampelli, Acquaroli, Albano, Bellucci, Bucalo, Butti, Caretta, Ciaburro, Cirielli, Crosetto, Luca De Carlo, Deidda, Delmastro Delle Vedove, Donzelli, Ferro, Fidanza, Foti, Frassinetti, Gemmato, Lollobrigida, Luca-Selli, Maschio, Mollicone, Montaruli, Osnato, Prisco, Rizzetto, Rotelli, Silvestroni, Trancassini, Varchi, Zucconi presentata l’11 giugno 2018 e respinta il 10 maggio 2022.

2. Il progetto Renzi.

In questa prospettiva di cambiamento, all'inizio del mese di agosto di quest'anno, è stata rilevante l'iniziativa di Matteo Renzi che ha presentato un progetto volto a forzare la stessa destra con la proposta di modifica dei artt. 88, 92, 94, e 95, Cost.².

All'art. 88 il progetto Renzi prevede che – in caso di dimissioni, morte o impedimento permanente del Presidente del Consiglio – il Presidente della Repubblica debba sciogliere le Camere. All'art. 92 si prospetta, invece, l'elezione contestuale di Camere e Presidente del Consiglio; all'art. 94 si prevedono – le dimissioni del premier sfiduciato nel voto di investitura e gli si dà la possibilità di iterare il tentativo una sola volta, mentre all'articolo 95 si prevede che il titolare dell'indirizzo politico del Governo sia solo il Presidente del Consiglio.

LXXVIII

3. Il progetto Meloni-Casellati.

Il ddl costituzionale Meloni-Casellati³ è stato prodotto in una situazione politica che conferma come il progetto si inserisca ancora nella prospettiva di breve periodo delle elezioni europee, reagendo anche a problemi interni e di programma (Finanziaria, telefonata russa, ad es.), mentre si sono infittite le iniziative di *colloquio* per la modificazione in *progress* del testo presentato dal Governo.

La pubblicazione di un testo ufficiale sembrava aver risolto i problemi del chiacchericcio precedente, che aveva reso oltremodo vacuo un dibattito tecnico senza che si potesse fare riferimento ad un documento ufficiale. L'articolato su cui ragionare non pare, però, ancora stabilizzato, mentre non tranquillizza l'auspicio del Presidente del Consiglio di pervenire alla Terza Repubblica (una rappresentante delle istituzioni non dovrebbe parlare al di fuori della continuità costituzionale repubblicana) e l'affermazione che si andrà probabilmente al referendum di cui all'art. 138 Cost.

² Atti Senato della Repubblica XIX leg.-ddl costituzionale n. 830: *Disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri in Costituzione*, d'iniziativa dei senatori Renzi, Paita, Enrico Borghi, Regolent, Sbröllini e Scalfarotto, Comunicato alla Presidenza Il 1° Agosto 2023.

³ Atti Senato della Repubblica – XIX leg.-ddl costituzionale n. 935 : *Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Meloni) e dal Ministro per le riforme istituzionali la semplificazione normativa (Alberti Casellati), comunicato alla Presidenza il 15 novembre 2023.

Il testo della proposta di innovazione costituzionale è breve, ma investe lo snodo centrale della forma di governo attualmente vigente, fino ad incidere sulla stessa forma di Stato. È per questo che non mi soffermerò sul tema dell'abolizione dei senatori a vita nominati dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 59, co. 2⁴. Essenziali sono, invece, gli interventi ipotizzati dagli artt. 2,3,4 del progetto che investono gli artt. 88,92 e 94 della Cost. al fine dichiarato di intervenire in modo adeguato sull'«instabilità dei Governi, l'eterogeneità e la volatilità delle maggioranze, il 'transfughismo' parlamentare», nonché di evitare l'ipotesi di governi *tecnici*.

Gli obiettivi in questione dovrebbero essere raggiunti:

- a) attraverso l'elezione *contestuale* del Presidente del Consiglio e delle due Camere elette per mezzo di un meccanismo elettorale capace di attribuire un premio di maggioranza del 55% al partito o alla coalizione di liste collegate con un candidato alla presidenza suddetta (art.92);
- b) attraverso la razionalizzazione del rapporto fiduciario di cui all'art. 94 Cost., prevedendo lo scioglimento delle Camere nel caso di espressione ribadita di sfiducia espressa nei confronti del candidato eletto o di un suo sostituto, individuato all'interno e solo all'interno della maggioranza parlamentare risultante dalle elezioni.

4. Sette osservazioni generali.

Ribadito il fatto che il ddl di revisione costituzionale pare ancora non definitivamente stabilizzato, opero sette osservazioni sintetiche sul testo che è stato approvato dal Consiglio dei ministri e, dopo implicite contrattazioni a tutti i livelli, è stato infine sottoposto alla firma del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 87, comma 4 Cost.

Il ddl nella forma attuale è, a mio avviso, non adeguato e pericoloso:

1. Perché scritto male sia nella forma che nella sostanza.
 - a) La prima è rivelatrice di cattivo *drafting*, che non deriva da responsabilità dei consulenti esterni che hanno collaborato alla redazione, ma dalla contrattazione infra-coalizionale.

⁴ Su cui si v. il recente volume di P. Armaroli, *I senatori a vita visti da vicino. Da Andreotti a Segre, da Fanfani a Spadolini*, Lucca, La Vela, 2023, e la relativa presentazione su *Nomos-le attualità nel diritto*, n. 2/2023, con interventi di F. Lanchester, G.Caravale, S. Ceccanti, L. Ciaurro, N.vLupo e P. Armaroli.

b) la seconda, connessa ovviamente alla precedente, è frutto di scarsa ponderazione o di diverse prospettive interne allo stesso partito di maggioranza relativa e alle altre forze della maggioranza.

2) Perché confligge con gli standard del costituzionalismo democratico, basato sull'equilibrio e la separazione dei poteri. A cento anni dalla pubblicazione del volume di Carl Schmitt su *Die Geistesgeschichtliche Lage des Heutigen Parlamentarismus* (1923)⁵, che aveva sottolineato le trasformazioni della rappresentanza nello Stato di massa e come la democrazia dovesse essere interpretata in un rapporto di identificazione tra Corpo elettorale e *leader*, un simile progetto prospetta il derapamento esplicito verso ipotesi di superamento del modello liberal-democratico proposto dalle costituzioni del secondo dopoguerra.

3) Perché, in particolare, distrugge la collaborazione elastica tra gli organi costituzionali di indirizzo attivo, tipica della forma di governo parlamentare liberal-democratica, inchiodando in modo apparente tutto sulla figura del *Presidente del Consiglio* (ma perché non chiamarlo in modo esplicito *primo ministro*?), eletto direttamente dal Corpo elettorale.

4) Perché istituisce sostanzialmente un obbligo di mandato imperativo in testa dei parlamentari in violazione palese dell'art.67 cost. con il necessario richiamo alla volontà espressa in sede elettorale.

5) Perché introduce per la prima volta all'interno del testo costituzionale la previsione confusa ed inusitata di un sistema elettorale maggioritario con premio del 55% (ma senza soglia minima come da sentenza della Corte costituzionale sull'*Italicum*)⁶. Superata

⁵ v. C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des Heutigen Parlamentarismus*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1923 (tr.it. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, a cura di Giuliana Stella, Torino, Giappichelli, 2004).

⁶ Sull'evoluzione del tema v. F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, il Mulino, 1981; M. Luciani, *Il voto e la democrazia: la questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, Editori Riuniti, 1991; G. Tarli Barbieri, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2018. Per il classico caso weimariano si v. l'art. 22 della WRV [art. 22 «I deputati sono eletti con elezione generale, uguale, immediata e segreta da uomini e donne che abbiano raggiunto il 20° anno di età, secondo i principi generali della rappresentanza proporzionale. Le elezioni dovranno aver luogo di domenica, o in altro giorno festivo.//Le disposizioni più particolari sono contenute nella legge elettorale del Reich». Le previsioni in dettaglio si possono recuperare nella legge del 27 aprile del 1920 (RGBl. 1920, pp. 627 ss.) e poi in quella del 6-13 marzo 1924 (RGBl. 1924, I, p. 159 ss.), che introdusse il cosiddetto «metodo automatico» al posto del D'Hondt. La Legge fondamentale tedesca (GG) significativamente non prevede regole per il sistema elettorale in senso stretto.

Per la Costituzione austriaca i deputati europei (art.23, a) e quelli del Consiglio nazionale (art.26,1) sono eletti sulla base del principio proporzionale. Per la Francia nella Costituzione del 1958 all'art.24,2 è prevista la elezione a suffragio diretto dell'Assemblea nazionale, mentre sono recuperabili previsioni per l'elezione monocratica del Presidente della Repubblica all'art.7 Cost. 1958.

La Costituzione portoghese è oltremodo analitica all'art. 113 nel trattare i vari piani della legislazione elettorale, che riporto a scopo esemplificativo («Articolo 113. – (Principi generali di diritto elettorale) 1. Il

l'ipotesi della scheda unica bloccata per entrambe le camere e il Presidente del consiglio (si sarebbe trattato di una inusitata scelta tripla unificata alias bloccata)⁷, rimane il difficile problema di individuare un meccanismo di trasformazione dei voti in seggi che assicuri il perseguimento della maggioranza assoluta in entrambe le camere, nonostante le differenze strutturali di numero e di base elettiva delle stesse.

6) Perché non affronta il problema della legislazione elettorale di contorno capace di rendere la scelta elettorale libera e consapevole anche attraverso la partecipata selezione dei candidati da parte degli appartenenti dipartiti, liste e movimenti (superando in questo modo la *mera nomina* da parte del Capo politico, che finisce per influire sull'astensionismo e sulla volatilità degli aventi diritto al voto).

7) Perché mantiene il rapporto fiduciario per entrambe le camere, complicando oltremodo la situazione, in continuità con la storia della costituzione repubblicana ed in particolare della sua seconda fase.

Per questi sette motivi ribadisco il mio giudizio decisamente negativo sul ddl 935 nella forma attuale. Al di là del modello autoctono del *sindaco d'Italia*, tratto dalla legge n.

suffragio diretto, segreto e periodico costituisce la regola generale di designazione dei titolari degli organi elettivi di sovranità, delle regioni autonome e del potere locale.

2. Il censimento elettorale è ufficiale, obbligatorio, permanente e unico per tutte le elezioni a suffragio diretto e universale, senza pregiudizio di quanto stabilito nei numeri 4 e 5 dell'articolo 15 e nel numero 2 dell'articolo 121.

3. Le campagne elettorali rispondono ai seguenti principi:

- a) Libertà di propaganda;
- b) Uguaglianza di opportunità e di trattamento delle diverse candidature;
- c) Imparzialità degli organismi pubblici nei confronti delle candidature;
- d) Trasparenza e controllo delle spese elettorali.

4. I cittadini hanno il dovere di collaborare con l'amministrazione elettorale, nelle forme previste dalla legge.

5. La conversione dei voti in mandati avverrà in armonia con il principio della rappresentanza proporzionale.

6. Nell'atto di scioglimento degli organi collegiali basati sul suffragio diretto deve essere fissata la data delle nuove elezioni, che si effettueranno nei sessanta giorni successivi e secondo la legge elettorale in vigore al tempo dello scioglimento, pena l'inesistenza giuridica di tale atto.

7. Il giudizio sulla regolarità e la validità degli atti del procedimento elettorale spetta ai tribunali»).

La Costituzione spagnola (art.68,3: «La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional») prevede formalmente e in modo sintetico l'applicazione del principio speculare, ma come in Portogallo lo disattende sostanzialmente attraverso l'adozione di un sistema basato su piccole circoscrizioni e clausola d'esclusione.

Sul dibattito italiano alla Assemblea costituente in materia elettorale si v. l'ordine del giorno di Antonio Giolitti per la costituzionalizzazione della *proporzionale* (Assemblea costituente, 27 settembre 1947) e la posizione contraria del presidente della Commissione dei 75 Meuccio Ruini, che si esprime per una libera scelta del legislatore ordinario. Per limitare la divergenza dei meccanismi di elezione tra le due Camere nelle elezioni del 1948 si rammenta il significativo compromesso Dossetti – Togliatti, che – nel gennaio 1948 – svuotò le finalità selettive del meccanismo Geyerhahn del Senato.

⁷ v. ora E. Caterina, *Sulla misteriosa sparizione della "scheda unica" dal ddl costituzionale sul "premierato"*, in <https://www.lacostituzione.info/index.php/2023/12/04/sulla-misteriosa-sparizione-della-scheda-unica-dal-ddl-costituzionale-sul-premierato/>.

81/1993 o dall'esempio israeliano rapidamente fallito⁸, l'aspirazione di pervenire ad una maggiore stabilità dell'esecutivo inchiavardando la scelta elettorale e quella del governo nella scelta di un Capo ci riporta agli incubi weimariani e ci ricorda il rischio di non ritrovarci né a Londra, né a Berlino, né a Parigi, ma piuttosto a Budapest, Varsavia o Bratislava⁹.

A differenza del ddl 830 (Renzi) il testo del ddl 935 rischia, inoltre, di smentire le sue finalità di stabilizzazione e linearità dell'investitura del Presidente del Consiglio eletto con l'introduzione della possibilità di una sua sostituzione con una personalità eletta in Parlamento nell'ambito della stessa lista o coalizione vincitrice alle elezioni politiche. Si tratta di un significativo cedimento alla logica coalizionale, che tuttavia attribuirebbe maggiore capacità interdittiva attraverso l'arma dello scioglimento delle Camere al sostituto del Presidente eletto rispetto a colui che era stato legittimato dal voto popolare.

5. Un'ipotesi alternativa.

Nel dibattito in corso sono stati formulati molti giudizi anche da parte della dottrina costituzionalistica.

Si parte dai più positivi sulla base di una concezione della sovranità popolare di tipo roussoviano, che dimentica i limiti imposti dal costituzionalismo ad ogni concentrazione del potere, i suoi equilibri e la sua elasticità per schiacciarsi sull'esempio *amministrativo* della legge n. 81/1993 sull'elezione diretta del sindaco e poi del Presidente di regione nel 1995¹⁰.

Al lato opposto v'è il rifiuto di simili modifiche, paventando la destrutturazione dell'edificio costituzionale vigente (mi riferisco a Zagrebelsky, De Siervo, Silvestri¹¹ e all'editoriale di Lucarelli¹²). In posizione intermedia ci sono i *colloquianti* con ipotesi di

⁸ v. F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2000, pp. 579-605; v. anche E. Ottolenghi, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 2/2020, p. 239 ss.

⁹v. F. Lanchester, *Il costituzionalismo contemporaneo e l'incubo di Weimar*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, p. 35 ss.

¹⁰ v. T.E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2023.

¹¹ https://webtv.senato.it/4621?video_evento=244173

¹² A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2023.

tipo tedesco(Ceccanti¹³), che traducono quel modello in forma direttista (non esistente invero in Germania) anche sulla scorta del programma dell’Ulivo del 1996.

Per quanto riguarda le forze politiche presenti in Parlamento, al di là della posizione di *Italia viva* (Renzi), significative risultano le aperture di Franceschini e bisognerà anche osservare le posizioni del Movimento 5 Stelle

La mia personale impostazione è invece di opportuna cautela in materia di innovazione istituzionale. Modificare l’edificio significa valutare anche in maniera idonea in che modo gli interventi possano influire sulla stabilità dello stesso e le ragioni per cui è stato così definito in origine.

La ricerca storico-costituzionale ha certificato le motivazioni della cautela adottate dai costituenti nella profilazione di una forma di governo non forte con molti contropoteri sia al centro che in periferia e della scelta per un sistema elettorale speculare¹⁴.

Il fallimento della seconda fase della storia della Costituzione repubblicana, originata dalla *crisi di regime* del 1993 e dalla conseguente modifica del sistema elettorale delle due Camere, deriva essenzialmente dalla persistenza della fiducia bicamerale in un ordinamento con sistemi selettivi per entrambe le camere. Si è introdotto il *Mattarellum* (leggi 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277), ma si è mantenuto il bicameralismo perfetto con meccanismi tendenzialmente selettivi, incapaci tuttavia di fornire maggioranze coerenti e stabili. Si è proseguito con la legge Calderoli (legge n. 270 del 21 dicembre 2005 denominata *Porcellum*) e poi – dopo la sentenza della Corte costituzionale, n. 1/2014 – con l’*Italicum* (legge 6 maggio 2015, n. 52, sanzionata di nuovo dalla Corte costituzionale nel 2017) e il *Rosatellum* (legge 3 novembre 2017, n. 165), modificato ulteriormente dall’innovazione costituzionale che ha ridotto il numero dei parlamentari di ciascuna delle due Camere.

Ne è venuto fuori un “ipercinetismo elettorale compulsivo”¹⁵ che non è riuscito a stabilizzare il sistema, ma che- anzi- ha aggravato il distacco da un elettorato sempre più assente e volatile, stante la crisi delle organizzazioni partitiche e l’individualizzazione digitale.

¹³ Intervento di S. Ceccanti per *Libertà Egale*, Orvieto 25 novembre. *Proposta di un articolato sul Premierato non elettivo alternativo a quello predisposto dal Governo Meloni*.

¹⁴ v. E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2023, *passim*.

¹⁵ v. F. Lanchester, *La Costituzione sotto sforzo: tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2020.

Vorrei, quindi, concludere suggerendo un'ipotesi di intervento costituzionale *apparentemente minimale*. Intervenire sulla previsione della fiducia bicamerale, intestandola solo ad una (oppure devolvendola al Parlamento in seduta comune), faciliterebbe il funzionamento di sistemi elettorali, anche più selettivi di quello vigente, per la ricerca di maggioranze chiare e stabili, evitando il ricorso a meccanismi plebiscitari.

In sostanza, ribadisco che non è ricorrendo ad *inchiavardamenti* che si ristabilisce il circuito democratico e la sua stabilità, ma ricostruendo il disegno costituzionale che vede le previsioni di cui all'art.1 inverte dalla scelta elettorale (art. 48), mediata dalle organizzazioni partitiche (art.49) e sviluppate da un corretto rapporto tra Legislativo e Esecutivo. Le modifiche ipotizzate dal ddl 935 sono solo apparentemente sintetiche, perché incidono non solo sulla natura del rapporto fiduciario, ma riducono al minimo il ruolo dei rappresentanti e del Parlamento nei confronti del *leader*, rischiando- inoltre- di mettere in pericolo la funzione degli organi costituzionali di garanzia (interna e esterna).

È per questo motivo che escluderei la previsione esplicita dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio da parte del Corpo elettorale e agirei *semplicemente* (!) sul solo art. 94 Cost. prevedendo che «Il governo deve avere la fiducia della Camera dei deputati, che la accorda o la revoca mediante mozione motivata e votata per appello nominale».

È evidente la difficoltà di far approvare una simile proposta per la ovvia resistenza di Palazzo Madama, che perderebbe una centralità apparente. Tuttavia un simile esempio dice che gli interventi di revisione costituzionale possano essere molto contenuti e accompagnarsi a quelli legislativi per quanto riguarda la legislazione elettorale complessiva e la eventuale indicazione sulla scheda del leader della coalizione, che dovrebbe presentarsi alla Camera dei deputati. Per l'applicazione dell'eventuale premio di governabilità tra partiti e coalizioni è tuttavia indispensabile seguire la giurisprudenza della Corte costituzionale, prevedendo soglie minime che garantiscano non soltanto la maggioranza dei voti validi, ma anche una soglia dei votanti e/o degli elettori iscritti (escludendo ovviamente dal computo i seggi delle circoscrizioni estere).

UNO PSEUDO-PREMIERATO CHE NASCONDE LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DI UN SISTEMA ELETTORALE IPER-MAGGIORITARIO.

di Fabrizio Politi*

LXXXV

Nelle numerose riflessioni dottrinali registrate in queste settimane sono già state evidenziate le non poche incongruenze e problematicità che sorgono dalla lettura del disegno di legge di revisione costituzionale (*«Introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e razionalizzazione del rapporto fiduciario»*) proposto dal Governo ed avente come principale – e dichiarato – obiettivo l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio (e la *razionalizzazione* del rapporto fiduciario).

Fra le voci a favore, la più brillante mi è parsa quella di Tommaso Frosini (“Chi ha paura del premierato?”) soprattutto per la capacità di “rigettare” (fin dal titolo del suo intervento) nel campo avversario la palla dell'onere della prova, oltre che per aver elencato con chiarezza i punti principali a favore della proposta revisione costituzionale. Frosini tende a sminuire la portata della revisione costituzionale (definita “non uno stravolgimento costituzionale”, ma un “intervento puntuale su quelle norme che riguardano il capo del governo e la sua maggioranza parlamentare”) e – citando Serio Galeotti – inquadra la riforma nello slogan “un governo scelto dal popolo per un governo di legislatura”, assegnando alla istituenda forma di governo l'appellativo di “forma di neoparlamentarismo” quale “evoluzione del sistema parlamentare, di cui conserva il rapporto fiduciario, che si sviluppa nel senso di garantire stabilità e restituire centralità alla sovranità popolare”. Ed il premierato sarebbe forma già esistente in Italia “nella esperienza istituzionale comunale e regionale”.

Ma, aldilà della discutibilità della assimilazione delle autonomie comunale e regionale alla dimensione statale ed alla rappresentanza parlamentare, va rilevato innanzitutto che: a) in entrambe le predette esperienze – comunale e regionale – il principio *simul stabunt simul*

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università de L'Aquila.

cadent non ammette eccezioni (ed infatti anche Frosini riconosce che la cd. “norma anti ribaltone” si caratterizza per una “incoerenza con l’elezione diretta”); b) a livello comunale, il sistema elettorale riesce a mantenere distinte la modalità di elezione del consiglio comunale da quella del sindaco (voto disgiunto, doppio turno con possibilità di apparentamenti), con la possibilità (come noto) anche di maggioranze differenti; c) a livello regionale, l’autonomia regionale – statutaria e di legislazione elettorale – deve estrinsecarsi nel rispetto del quadro costituzionale ed infatti sia gli artt. 122 e 123 Cost. sia l’art. 5 della legge costituzionale n. 1/1999 (che poneva le norme transitorie del passaggio dal previgente art. 123 Cost. a quello attuale) non registrano una *torsione maggioritaria* così forte quale quella risultante dalla proposta revisione costituzionale.

Ed emerge così, a mio parere, la vera essenza di questa riforma che non è rappresentata dal rafforzamento del Presidente del Consiglio, tant’è che: a) nessuno dei poteri a questi già spettanti viene accresciuto (celiando, si potrebbe dire che in questo ha ragione Tommaso Frosini: perché avere paura del premierato se i poteri sono gli stessi?); b) può essere tranquillamente sostituito dalla sua stessa maggioranza.

La vera essenza di questa riforma è l’introduzione in Costituzione di un principio ipermaggioritario (assegnazione del 55% dei seggi alla coalizione o partito legato al candidato premier che prende un voto in più rispetto a tutti gli altri concorrenti) che - è facile evidenziarlo - stravolge l’intero impianto costituzionale.

Nell’editoriale che apre il presente *Forum* Alberto Lucarelli ha già elencato i poteri di cui verrebbe a disporre tale artificiale (in quanto non rispondente ad una proporzionale volontà del corpo elettorale) maggioranza parlamentare, la quale verrebbe ad avere i numeri per condizionare il funzionamento sia delle istituzioni di governo (sostituzione del Presidente del Consiglio eletto con altro scelto all’interno della medesima maggioranza; negare la fiducia al Presidente del Consiglio eletto; esercitare la sfiducia individuale nei confronti dei Ministri; esercizio di fatto del potere di scioglimento delle Camere; modifica dei regolamenti parlamentari ed approvazione di qualunque tipologia di legge compresa la legge elettorale) che di quelle di controllo e di garanzia (elezione del Presidente della Repubblica, dei membri laici di Corte costituzionale e del C.S.M.). E giustamente Lucarelli definisce “tirannia della maggioranza” la forma di governo risultante dal progetto. Ma – mi permetterei di aggiungere – forse potrebbe parlarsi di “tirannia della minoranza” (*rectius*, della minoranza avente maggiori dimensioni), giacché la proposta di riforma costituzionale introduce un meccanismo – non *capace di* ma – che necessariamente produce l’effetto di

costruzione di una maggioranza che inevitabilmente diventerà *tiranna* proprio perché finirà per *occupare* tutti gli spazi decisionali e di garanzia.

Da decenni nel nostro Paese si discute sulla opportunità di una scelta fra sistemi elettorali di tipo proporzionale e sistemi di tipo maggioritario e non possiamo non ricordare quelle opinioni che, nel periodo intercorrente fra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta del secolo scorso, propugnavano le virtù taumaturgiche del sistema elettorale maggioritario ritenuto capace di: a) rendere stabile l'esecutivo; b) assegnare *lo scettro al popolo*; c) dar vita a classi politiche responsabili ed efficienti. L'esperienza degli ultimi decenni – nel susseguirsi delle varie leggi elettorali che hanno preso il posto di quella proporzionale: dal *mattarellum* al *porcellum* fino al *rosatellum* la cui torsione maggioritaria si è accresciuta con la riduzione del numero dei parlamentari – ha dimostrato l'illusorietà di quelle previsioni: nel passaggio dal sistema proporzionale alle varie forme di maggioritario, il livello medio della classe politica è di gran lunga peggiorato, gli esecutivi si sono rivelati tutt'altro che stabili ed è cresciuto pericolosamente il tasso di astensionismo (fra le cui cause non può non citarsi anche la riduzione dell'offerta politica conseguente al sistema maggioritario per cui, posto di fronte alla scelta fra alcuni – pochi – concorrenti, gran parte del corpo elettorale preferisce non andare a votare!).

Non solo: a memoria, non mi pare di ricordare neppure all'interno degli autori più convinti della bontà dei sistemi maggioritari una proposta così forte di *costituzionalizzazione* di un premio di maggioranza che assegna alla maggioranza parlamentare (per usare le parole di Lucarelli) il ruolo di “assoluto dominatore della scena istituzionale” (senza alcun contrappeso). E credo che l'intera dottrina debba interrogarsi anche su questa configurazione della *maggioranza parlamentare* quale soggetto istituzionale *congelato* al momento del risultato elettorale con lo smarrimento di una visione plurale e aperta della rappresentanza parlamentare ed in netta antitesi con l'impianto di *checks and balances* proprio della Costituzione repubblicana.

Viene invece a determinarsi (grazie alla introduzione di una formula elettorale che consente ad una minoranza di diventare maggioranza e poi di autobattezzarsi *popolo* e così di autolegittimarsi quale *governo scelto dal popolo*) l'affermazione di un modello maggioritario *estremo*, senza alcun temperamento e che presta il fianco, da un lato, a pericolose concentrazioni di potere e, dall'altro lato, a rigidità di funzionamento che possono portare anche ad esiti imprevedibili.

Come noto, la Corte costituzionale (sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017) ha affermato la necessità di fissare adeguate soglie per l'accesso al premio di maggioranza, ma la "forza" della revisione costituzionale ovviamente supera il vizio di incostituzionalità a meno di non voler ipotizzare (come prospettato, sia pure in via problematica, da Alberto Lucarelli) uno scrutinio della legge di revisione costituzionale in quanto lesiva dei principi supremi dell'ordinamento repubblicano. Questa strada mi appare però impervia sia per la difficoltà argomentativa che una tale opzione interpretativa richiede ma soprattutto perché aprirebbe una forte frattura fra maggioranza politica e Corte costituzionale con inevitabili tensioni che – proprio per garantire il ruolo del giudice costituzionale – è sempre preferibile evitare. Tornando al progetto di revisione costituzionale, un'ultima considerazione va spesa con riguardo all'effettivo funzionamento del rapporto di causa ed effetto fra elezione del premier e assegnazione di un'elevata maggioranza alla coalizione che lo sostiene.

Nelle parole dei sostenitori del progetto si rinviene l'affermazione che il sistema elettorale è funzionale ad assicurare al premier eletto una maggioranza parlamentare ed anche da un esame sommario – e preliminare – del testo si potrebbe essere portati ad affermare che la previsione di una legge elettorale che assegna un elevato premio di maggioranza alla coalizione collegata al premier eletto sia funzionale a sostenere quest'ultimo. Ma un esame più approfondito dell'intero disegno di legge costituzionale porta a rilevare che il rapporto di causa ed effetto è il contrario; la legge elettorale iper-maggioritaria non *assicura* al primo ministro la fiducia della sua maggioranza parlamentare (tant'è che il progetto prevede più di una possibilità di non concessione della fiducia), ma avviene l'esatto contrario: l'elezione del premier è l'effetto – rimuovibile – conseguente alla *creazione* di una *maggioranza parlamentare*. L'elezione del premier giustifica e consente la *creazione* di una maggioranza parlamentare che potrà agire anche rimuovendo il premier, la cui elezione diretta svela così la funzione di specchietto per le allodole che maschera il vero obiettivo della proposta revisione costituzionale rappresentata dall'introduzione in Costituzione di un sistema elettorale iper-maggioritario che altera profondamente gli equilibri costituzionali su cui è innervata la Costituzione repubblicana.

La riforma introduce infatti un *neoparlamentarismo* irrigidito su una artefatta maggioranza parlamentare che diventa rappresentante di un ipostatizzato *popolo*, quale soggetto – anziché inevitabilmente plurale – asseritamente unitario ed omogeneo (visione del popolo che nella storia ha già dato tragici risultati). Mi sembra di poter dire che dall'esame della proposta di revisione costituzionale emerge un quadro nel quale si registra un serio

stravolgimento del vigente impianto costituzionale e con un deleterio irrigidimento dei meccanismi di funzionamento della forma di governo a fronte invece della comprovata elasticità della forma di governo parlamentare che, nonostante l'instabilità – peraltro altalenante – degli esecutivi, ha garantito la stabilità e la rappresentatività (e dunque la democraticità) dell'assetto politico-istituzionale (del resto, se una maggioranza non c'è, è preferibile prenderne atto anziché creare una *artefatta* o *coatta* maggioranza che finisce solo per accrescere i problemi). E (constatazione ancora più preoccupante) il quadro che emerge appare ispirato a principi esattamente antitetici a quelli che caratterizzano (ed hanno caratterizzato) il costituzionalismo moderno aperto e plurale.

APPUNTO PER L'AUDIZIONE INNANZI ALLA I COMMISSIONE – AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA DEL 5 DICEMBRE 2023 SULL'ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (DDL NN.935 E 830).

di Gaetano Azzariti*

XC

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'equilibrio come fondamento. – 3. Le distonie presenti nei testi. 4. La stabilità e i suoi diversi significati.

1. Premessa.

I due disegni di legge di modifica della forma di governo con l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio – data l'importanza della riforma (si è autorevolmente parlato in proposito di volontà di fondazione di una nuova Repubblica), considerata la complessità (a volte farraginosità) delle norme scritte nei due disegni di legge, stimati gli effetti che la loro eventuale introduzione tra le disposizioni della costituzione vigente produrrebbero sull'intero sistema politico e democratico – meriterebbero di essere puntualmente esaminati in ogni loro parte, valutati *parola per parole, virgola per virgola*. Sono sicuro ed auspico che tanto la politica, quanto l'accademia nel corso dei prossimi mesi sapranno discutere con il dovuto grado di approfondimento ogni aspetto rilevante.

Qui ed ora però, nei pochi minuti che posso utilizzare, mi propongo di soffermarmi rapidamente solo su tre aspetti: a) ponendo una questione di carattere generale; b) segnalando alcune distonie presenti nei testi; c) tentando una chiarificazione che ritengo importante circa le finalità perseguite.

2. L'equilibrio come fondamento.

A) La questione generale fa riferimento alla fondamentale necessità di *preservare un*

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Roma La Sapienza.

equilibrio tra i poteri. L'equilibrio tra i poteri, ci hanno insegnato i classici, da Aristotele a Polibio, è ciò che evita la degenerazione delle forme di governo, ma anche delle forme di Stato, la trasformazione della democrazia organizzata (della *Politeia*) in olocrazia o nelle forme perverse della demagogia o dell'autocrazia. Un equilibrio che eviti che un potere – sia quello esecutivo, sia quello legislativo ovvero anche quello giudiziario – esondi: *solo il potere arresta il potere* secondo l'insegnamento del teorico moderno della divisione dei poteri (Montesquieu).

Quella della ricerca, e poi conservazione, di un equilibrio tra gli organi costituzionali è forse l'unica *legge* che potremmo dire universale e che deve essere tenuta presente in ogni tipo di forme di governo.

In realtà non bisogna neppure scomodare i classici basta pensare a quella che è la regola di fondo del modello tipico tra le forme di governo ad elezione diretta del vertice dell'esecutivo: il presidenzialismo americano. La degenerazione di questo modello democratico è da escludere se e sin tanto che permane la cultura dei *check and balance*. Il Congresso degli Stati Uniti – per non parlare degli altri poteri – è da collocare tra le Camere rappresentative più forti e autonome del mondo. In grado di contrapporsi, senza remore e senza rischi di essere sciolto, al Capo scelto dal popolo (in verità, eletto in via indiretta), il Presidente degli Stati Uniti, da alcuni ritenuti l'uomo più potente al mondo, ma non in grado di imporsi al *suo* Congresso. Dove così non è, non può parlarsi di democrazia: basta pensare a molte repubbliche presidenziali sudamericane, ovvero alle diverse forme di presidenzialismo autoritario, quello turco ovvero quello russo.

D'altronde la legge dell'equilibrio è *universale*. Anche volgendo lo sguardo all'altro modello tipico di forma di governo, quello parlamentare, si riscontra il rischio di un possibile squilibrio degenerativo. Quando in Assemblea costituente venne approvato il ben noto o.d.g. Perassi, proprio a questa legge *eterna* si voleva dar conto: un richiamo alla necessità di razionalizzazione della forma di governo parlamentare per evitare la degenerazione dell'assemblearismo, ovvero il dominio di un potere sugli altri.

Tutto ciò è detto solo per porre una serie di domande tra loro collegate alle quali ritengo che il Parlamento – il riformista consapevole – debba prestare la massima attenzione. Enuncio tre semplici interrogativi: il nostro attuale assetto dei poteri è in equilibrio? Vi sono contrappesi che possano garantire la non degenerazione ovvero il predominio di un potere sugli altri? E nel caso si ritenga di dover rafforzare uno dei poteri, ci si è sufficientemente preoccupati di assicurare la solidità degli altri poteri in grado di *frenarlo*?

Le risposte, riferite al nostro Paese nella sua attuale realtà storica, mi sembrano di immediata evidenza. Non da oggi, ma da circa trent'anni assistiamo al progressivo indebolimento dell'organo della rappresentanza. Mi dispiace doverlo ricordare proprio in quest'aula, ma se c'è un potere debole che dovrebbe essere rafforzato per ritrovare un equilibrio di sistema, prima di ogni altro, prima del Governo, questi è il Parlamento. Vero è che altri contrappesi hanno in parte svolto un ruolo di supplenza, il Presidente della Repubblica in primo luogo, che, grazie alla sua funzione di intermediazione e alla naturale elasticità delle sue attribuzioni (secondo la teoria dei poteri variabili che si accrescono nelle situazioni di crisi e si attenuano in quelle ordinarie), ha potuto esercitare un fondamentale compito di garanzia e freno anche a fronte di un debole controllo politico parlamentare sul Governo, ponendosi – come ipotizzava Carlo Esposito in tempi non sospetti – come *reggitore degli stati di crisi* a salvaguardia degli equilibri politico-costituzionali, contro le intemperanze costituzionali degli altri poteri. Infine, e per tutti, la questione di fondo che in questo momento più ci occupa: ci si chiede se si riscontra nei due disegni di legge in discussione questa preoccupazione? Se si sia prestata la dovuta attenzione agli equilibri, anzi al riequilibrio, tra i poteri, tanto più necessaria nel momento in cui si sceglie di rafforzarne uno, il Governo nel nostro caso?

Francamente non può darsi una risposta positiva. Nella relazione al ddl 935 si è fornita anche una giustificazione politica a questa miopia al contesto. Si rivendica l'intenzione di operare un intervento *minimale* che si ponga in continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare, a mio parere senza avvedersi che, in realtà, rafforzare un potere senza intervenire sugli altri non *permette di preservare al massimo grado le prerogative* del Parlamento e del Presidente della Repubblica, ma comporta un azzardo, squilibrando ulteriormente la nostra instabile forma di governo. Più esplicita, anche se non so se meno azzardata, è la giustificazione fornita dal ddl 830 che ritiene che si debba passare da una democrazia rappresentativa, che *ha svolto una funzione decisiva nei primi decenni del Dopoguerra*, ma che deve ormai essere sostituita da un diverso tipo di democrazia, quella decidente. Se le parole hanno un senso, dunque, il passaggio da una democrazia pluralista ad una democrazia identitaria. Questa sì senza il problema dei contrappesi. Ma forse l'enfasi in questo caso ha preso la mano.

A me sembra che chi voglia rafforzare il Governo dovrebbe porsi molto seriamente il problema dei contrappesi necessari per evitare quel che Carl Schmitt ha chiamato lo *Stato governativo*, da temere tanto quanto altre primazie improprie, quello dello Stato legislativo,

quello dello Stato giurisdizionale, quello dello Stato amministrativo. L'equilibrio è sempre la dote del riformatore illuminato. Passo al secondo punto che volevo richiamare.

3. Le distonie presenti nei testi.

B) Anche qui per asserzioni più che per dissertazione. Nel ddl 935, a mio modo di vedere, tale *distonie* sono il frutto dell'innesto delle logiche proprie delle forme di governo ad elezione del vertice dell'esecutivo (nelle pur differenti accezioni del presidenzialismo, semipresidenzialismo o premierato) con le diverse razionalità che sorreggono le forme di governo che si basano sulla fiducia del Parlamento al Governo (nelle sue diverse declinazioni che assumono le forme parlamentari). Così pare in contraddizione logico-sistematica quanto previsto dall'articolo 2 (modifica dell'articolo 92 della Costituzione) e nell'articolo 4 (modifica dell'articolo 94 della Costituzione). Nel primo, ove è stabilita l'elezione diretta e una durata fissa del mandato presidenziale di cinque anni, nel secondo, ove si prevede la sottoposizione dell'eletto – legittimato direttamente alla carica del corpo elettorale – ai meccanismi della fiducia parlamentare. Imponendo così una bizzarra riesumazione della forma di governo parlamentare, dopo averne decretato la morte con l'elezione diretta, che finisce addirittura per prevalere nel caso, che pure è previsto, di una possibile assunzione alla carica di un secondo Presidente del Consiglio.

In realtà la commistione delle logiche delle due forme di governo porta ad una serie di soluzioni confuse. Già la fiducia – anzi la possibile doppia fiducia – iniziale è ultronea rispetto alla legittimazione a governare conseguita dall'eletto dal popolo. Coerenza di sistema richiederebbe invece che ci si limitasse ad una comunicazione del programma e presentazione del Governo alle Camere, le quali possono esprimere indirizzi, pareri, mozioni, riserve, ma non anche una fiducia al prezzo di dimissioni del Governo e di scioglimento delle Camere stesse.

Contraddittorie mi sembrano anche le troppo puntuali e piuttosto disarticolate indicazioni che reggono la formazione e poi la fiducia conferita all'eventuale “secondo presidente”. A fronte della esplicita e rivendicata ragione politica che ha mosso a scrivere la previsione (la volontà di non modificare in corso di legislatura la maggioranza politica che ha portato alla elezione del premier) non si dà corso a quel che è proprio delle forme presidenziali. Ovvero la separazione delle legittimazioni, ma anche delle durate dei mandati presidenziali da un

lato e parlamentari dall'altro. Separando nettamente le sorti dei due organi costituzionali, così garantendo la permanenza del presidente eletto anche nel caso di diversa maggioranza politica in Parlamento. Nell'ipotesi richiamata dal ddl 935, invece, anche in questo caso, si innesta la logica parlamentare entro una gabbia presidenziale. Il secondo presidente viene eletto, ma è costretto ad operare nel solco del primo. Deve essere scelto entro la stessa maggioranza e non può discostarsi dall'indirizzo politico e dagli impegni programmatici fissati dal primo. Un presidente dimidiato potrebbe pensarsi, ed invece no. Perché a lui solo spetta il potere decisivo di scioglimento delle Camere, che, in caso di crisi, verrà automaticamente decretato da un Presidente della Repubblica, privato di ogni possibile interlocuzione.

Ma è poi la stessa divisione dei poteri, che – lo si ripete – nelle forme di governo presidenziali dovrebbe essere rafforzata, viene qui invece indebolita. L'elezione contestuale, sommata al premio assicurato all'eletto che in ogni caso pari al 55% dei seggi nei due rami del Parlamento (quale che siano le percentuali di voti e di votanti), permette non tanto – come suol dirsi – di scegliere l'uomo (o la donna) solo/a al comando, ma l'intero blocco di governo, senza distinzione di ruoli istituzionali. Marx avrebbe detto il *comitato* che amministra gli affari comuni nell'interesse di una sola parte della società.

Altri elementi, apparentemente minori, appaiono anch'essi espressioni di distorsive commistioni e sovrapporsi di logiche diverse. Così, che senso ha attribuire al Capo dello Stato il potere di conferire l'incarico all'eletto ovvero conservare il potere di scioglimento dopo che in Costituzione tutto è prestabilito? Può essere interpretato come la volontà di conservare la forma ma eliminare la funzione costituzionale di intermediazione esercitata dal nostro Presidente della Repubblica. Abbandonata la forma di governo parlamentare è meglio prenderne atto e pensare ai contrappesi necessari, anziché conservare i fantasmi del passato o accontentarsi dei neologismi. Magari evocando un fantomatico *neo-parlamentarismo*, con un *neo* che copre l'imperscrutabile.

Solo un accenno alle *distonie* del ddl 830. In questo caso la sovrapposizione delle logiche di sistema riguarda le dinamiche non assimilabili che governano gli enti locali subnazionali con quelli nazionali. Al di là dell'attrattività dello slogan *Sindaco d'Italia*, le logiche non sono assimilabili. Governare una Città o una Regione, svolgere funzioni di carattere essenzialmente amministrativo, soggette a controlli diversi da parte di organi statali e in collegamento con gli altri poteri locali e nazionali, avendo strumenti o luoghi di raccordo specifici (com'è, ad esempio, il sistema delle conferenze), avere – nel caso delle Regioni –

una potestà legislativa, ma non indeterminata (quella definita nei modi, nell'estensione e nei casi dall'articolo 117 della Costituzione), non può essere assimilato alla responsabilità e al potere esercitato da un Governo nazionale che mette in gioco la sovranità dell'intero territorio nazionale. Basta qui richiamare la sentenza della Corte costituzionale (sent. 365 del 2007) che ha chiarito che il principio di autonomia non può essere confuso con quello di sovranità e lo spazio dell'uno non può sovrapporsi a quello dell'altro. In sostanza, per dirla in breve ed in termini esemplificati, per dare autorevolezza al Governo non appare la via giusta quella di trattare il Presidente del Consiglio alla stregua di un Sindaco, riducendo il Parlamento alla irrilevanza di un Consiglio comunale.

4. La stabilità e i suoi diversi significati.

C) Una parola ancora sulle finalità dichiarate e perseguite. Entrambi i ddl sono mossi dall'esigenza di assicurare una maggiore stabilità ai governi. È questa una espressione d'uso comune, ma che richiede di essere precisata e delimitata. Sono infatti tre i diversi significati da attribuire al termine *stabilità*, ciascuno fa riferimento a fenomeni diversi. Stabilità come capacità di governo ed aumento dei poteri ad esso attribuiti; come autorevolezza della compagine ministeriale; come durata degli esecutivi.

Nel primo caso (stabilità come capacità di governo) si deve riscontrare come, in realtà, bisognerebbe al contrario meglio limitare – in fondo ridurre – i poteri attualmente esercitati dagli attuali Governi, i quali, nel corso del tempo, si sono appropriati dei *poteri degli altri poteri*. Basta pensare allo squilibrio – cui si faceva anche prima riferimento – tra Governo e Parlamento. Un riequilibrio sarebbe necessario, ma questo passa attraverso altre riforme ordinamentali. Alcune di natura costituzionale: l'opzione monocamerale per rispondere alla crisi evidente del bicameralismo paritario. Altre coinvolgenti la legislazione ordinaria: rimettendo le mani sulla legge n. 400 del 1988 che ha esaurito la sua capacità di disciplinamento dell'attività del Governo. Altre ancora di tipo regolamentare: con espresso riferimento ai regolamenti parlamentari, che dovrebbero meglio regolare l'attività interna delle Camere, ormai in grave difficoltà di funzionamento, soprattutto qui al Senato, anche a seguito della riduzione del numero dei parlamentari; ridefinire i rapporti con il Governo per frenare le prassi distorsive e compulsive dei voti di fiducia reiterati, dei maxiemendamenti onnicomprensivi e, soprattutto, in tema di decreti legge, magari

introducendo corsie privilegiate a fronte di un ritorno alla decretazione d'urgenza agli esclusivi casi di effettiva straordinaria necessità ed urgenza; evitando le superfetazioni legislative e sfoltendo la selva di leggi minute di carattere amministrativo e provvedimentale; allentando le compressioni dei tempi della discussione parlamentare, e riaffermando la centralità dei lavori in commissione. Un importante e complesso lavoro da effettuarsi su più piani, per dare la necessaria stabilità alla nostra forma di governo parlamentare, a vantaggio della governabilità del sistema politico complessivo, ma che non comporta una modifica della forma di governo, semmai una sua forte razionalizzazione.

Per quanto riguarda poi la seconda accezione di stabilità, intesa come necessario aumento dell'autorevolezza della compagine ministeriale, quel che può dirsi è che è certamente un problema reale, ma esso è legato – ahinoi – alla più generale crisi della democrazia contemporanea. La disaffezione del corpo elettorale, la distanza tra popolo e la sua classe dirigente, la delegittimazione degli organi di governo del Paese, sono fenomeni ben gravi che devono certamente essere affrontati dal sistema politico, oltre che sul piano sociale e culturale. Ma anche in questo caso con misure diverse da quelle legate alla scelta del Capo dell'esecutivo. Provvedimenti d'ordine non solo, ma anche istituzionali, quale può essere una nuova legge sui partiti, per cercare di far tornare questi ad essere strumenti per assicurare ai cittadini di concorrere con metodo democratico alla politica nazionale, ovvero una riscrittura – l'ennesima – del sistema elettorale che non sia più unicamente ossessionata dalla governabilità, ma che riesca anche finalmente a rivitalizzare la rappresentanza e la scelta degli elettori, in fondo seguendo le indicazioni della Consulta nelle sue famose decisioni in materia elettorale.

Rimane l'ultima accezione di stabilità, intesa come durata degli esecutivi, che rappresenta una vera e non negabile debolezza della nostra forma di governo parlamentare. Si tratta di affrontare alla radice il problema delle troppo frequenti crisi delle maggioranze governative. Il mantra che ci ricorda che 67 governi in 75 anni sono troppi ha un suo assoluto fondamento. Ma la domanda che pongo è se la via da percorrere sia l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, con gli squilibri e le distonie che prima abbiamo richiamato e che minano lo stesso conseguimento dello scopo della stabilità come durata dell'esecutivo, ovvero se non sia più lineare, nonché consona alla nostra tradizione, tornare a riflettere sulle misure di razionalizzazione della nostra forma di governo (tornare all'o.d.g. Perassi, potremmo dire), guardando ad esempio a quell'esperienza che nel nostro continente ha riscontrato governi assai longevi entro una forma parlamentare di governo.

La Germania s'intende, ma non per copiarne pedissequamente tutti gli istituti, come va troppo di moda sostenere, ma per adattarne alcuni alle peculiarità della nostra forma di governo.

Detto in breve, anche se da qui dovrebbe iniziare la riflessione sulle misure da introdurre per razionalizzare la nostra forma di governo, ci si limita a segnalare che nel nostro Paese – a differenza che in Germania – un ruolo di intermediazione fondamentale è assunto del Presidente della Repubblica, che nei limiti del possibile e del giusto dovrebbe essere preservato. Ciò vuol dire, passando in rassegna le quattro misure che caratterizzano il sistema tedesco, che non vedo problemi, ma solo benefici, se si dovesse introdurre la fiducia parlamentare al solo Primo ministro (il Cancelliere in Germania) anziché all'intero Governo per rafforzare la sua legittimazione; un prezzo da pagare, ma ampiamente compensato dai benefici di stabilità-durata sarebbe quello rappresentato dall'introduzione dell'istituto della sfiducia costruttiva, il quale indubbiamente sottrarrebbe al Capo dello Stato la regia delle crisi, ma impedirebbe anche le c.d. *crisi al buio*, responsabilizzando direttamente le forze politiche; per quanto riguarda infine la revoca dei ministri e lo scioglimento anticipato delle Camere, poteri secondo alcuni da assegnare al Presidente del Consiglio, ritengo che essi possano ben essere iscritti nel nostro sistema come *potere di proposta* al Capo dello Stato al quale spetterebbe l'ultima parola in qualità di garante della Costituzione. In fondo, per lo scioglimento già è così, essendo nel nostro ordinamento tale potere – come anche il potere di nomina del Presidente del Consiglio – un atto presidenziale duumvirale o complesso, non certo esclusivamente (“formalmente e sostanzialmente”) presidenziale.

Volendo riprendere i propositi espressi nel ddl 935, questo insieme di misure rappresenterebbe un intervento *minimale* (per meglio dire, *non sproporzionato*) che si porrebbe in continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare, in grado di conseguire lo scopo dichiarato di una maggiore stabilità di Governo. Una via diversa, ma possibile.

RIFORME COSTITUZIONALI. LA PRELIMINARE QUESTIONE DELLA STRATEGIA RIFORMATRICE.

di Orlando Roselli*

XCVIII

1. Accolgo il gradito invito del condirettore Alberto Lucarelli di intervenire sul tema delle riforme costituzionali in questa meritoria rivista, per riprendere alcune considerazioni che ho, tra l'altro, argomentato in un libriccino mosso da un'esigenza civile prima ancora che scientifica¹.

La mia riflessione sul tema muove da due radicate convinzioni il cui combinato disposto mi consente una prospettiva diversa da quella che caratterizza il dibattito in corso: di riforme costituzionali vi è una necessità ineludibile ed è necessaria una condivisione da parte delle forze politiche.

2. Se si condividono questi due postulati, è giocoforza porsi il problema preliminare della strategia necessaria. È per questo che ritengo che, prima di intraprendere una astratta riflessione di carattere teorico o di disamina di questo o quel progetto di riforma, occorra muovere dall'interrogativo di quale possa essere una fruttifera strategia riformatrice in cui le forze politiche possano convergere dopo decenni di tentativi inconcludenti.

Il punto di partenza non può che essere l'incapacità del sistema politico di pervenire a riforme che siano capaci di rispondere alle esigenze del Paese.

Come noto, è dal 1983, con la c.d. *Bicamerale Bozzi*, che si affronta il problema, ma è addirittura dai primi anni sessanta del secolo scorso che la dottrina più attenta coglie i segni, non solo nel nostro Paese, dell'indebolimento della centralità del Parlamento, fenomeno che anno dopo anno si è andato aggravando.

Al punto che verrebbe da domandarsi provocatoriamente se sia sufficiente il solo istituto

* Già Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Firenze.

¹ O. Roselli, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, Bagno a Ripoli, Passigli Editori, 2023. Ho affrontato il tema anche in: *Editoriale. Per una strategia condivisa delle riforme costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2/2023, e, in corso di pubblicazione in tale rivista, in *Il ricordo di Stefano Merlini un'opportunità per riflettere sulle riforme costituzionali*.

della fiducia parlamentare a qualificare la forma di governo come *parlamentare*. Vistose sono le aporie nel suo funzionamento: l'abuso della decretazione d'urgenza, attenuatosi a partire dalla sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale, ma non venuto del tutto meno; l'atrofia dei principi e criteri direttivi nelle leggi delega; l'uso dei regolamenti parlamentari più per contenere il confronto che non per valorizzarlo; l'approvazione della legge di bilancio nel solo rispetto formale delle procedure costituzionali, perché alcuni passaggi della procedura (come quello relativo al c.d. maxi emendamento) non consentono ai parlamentari, per le tempistiche, di potere svolgere la propria funzione.

Si tratta di dinamiche che si ripropongono qualunque sia l'orientamento politico dei governi, siano essi di centrosinistra o di centrodestra o c.d. tecnici, a riprova che si tratta di fenomeni ormai strutturali.

La stessa rielezione, non ricercata, dei Presidenti Napolitano e Mattarella, costituzionalmente legittima è costituzionalmente disarmonica.

3. Molto sembra contribuire alla coazione a ripetere gli errori del passato: il muovere dai modelli istituzionali anziché dai problemi; la confusione tra critica nel merito e quella attinente ai profili di incostituzionalità; l'affrontare il tema delle riforme costituzionali nella prospettiva dello scontro politico contingente anziché del confronto sulle prospettive di lungo periodo del Paese.

Questo, peraltro, non deve stupire: le culture politiche sono disorientate di fronte alle metamorfosi sociali e fattuali che attraversano le società contemporanee e la stessa scienza giuridica e la stessa scienza politica devono fare i conti con categorie ormai inadeguate. L'immobilismo non giova alle istituzioni democratiche, perché l'elusione dei problemi li aggrava.

Ancora una volta il treno delle riforme corre il rischio di deragliare.

Come riportare il confronto nei giusti binari?

Partendo dalla individuazione di grandi riforme di sistema rilevanti e necessarie ma a *basso tasso di conflittualità politica*.

4. Una di queste è rappresentata dal superamento di un bicameralismo indifferenziato privo di qualsivoglia necessità. Indifferenziato nella rappresentanza e nelle funzioni rappresenta una duplicazione dei processi decisionali a cui non corrisponde neppure un miglioramento della riflessione politica e della produzione normativa.

Ritengo che la strategia riformatrice dovrebbe seguire percorsi lineari e non ‘arzigogolati’: non la ricerca di un diverso bicameralismo differenziato nella rappresentanza e/o nelle funzioni, ma un monocameralismo che sommi il numero attuale di deputati e senatori e che esalti il ruolo di commissioni e giunte.

Una riforma di tale rilievo non risolverebbe tutti i problemi della nostra forma di governo, ma certamente andrebbe nella direzione di un recupero di centralità del Parlamento, favorendo riduzione dei tempi ed incisività dei circuiti decisionali e, auspicabilmente, migliore qualità del confronto politico meno disperso in una duplicazione fotocopia in due rami del Parlamento.

Gli effetti positivi di una tale riforma sarebbero vistosi.

Favorirebbe un recupero di credibilità del sistema politico nei confronti dell’opinione pubblica, rapporto logorato anche dall’intendere la politica come esercizio di delegittimazione dell’avversario e dall’attardarsi in effimere polemiche originate da estemporanee dichiarazioni del politico di turno compulsivo della tastiera. Finalmente, il cittadino potrebbe constatare un corretto atteggiamento della politica: quello di impegnarsi a risolvere e non aggravare i problemi.

Una scelta che rimuoverebbe inutili ritardi nelle procedure parlamentari, ampliando anziché contrarre le opportunità di confronto (e se necessario di salutare scontro) politico, accrescerebbe la credibilità delle nostre Istituzioni a livello internazionale, nelle istituzioni finanziarie ed in particolare nell’Unione Europea.

5. Non necessariamente tutte le riforme capaci di incidere in profondità nel progredire del Paese richiedono revisione costituzionale e, nondimeno, potrebbero avere esiti positivi nella tutela dei diritti fondamentali e nel progredire sociale ed economico.

Pensiamo, ad esempio, ad un ambito attraversato da intense criticità e tensioni come quello dell’amministrazione della giustizia. L’origine di tali difficoltà ha una duplice matrice: una, nel mutare dei caratteri della giuridicità e trovare soluzioni ai conseguenti problemi richiede e richiederà a lungo sforzi titanici alla stessa scienza giuridica. L’altra, in disfunzioni gravissime organizzative e gestionali che concorrono all’estenuante durata dei processi.

Dunque, si provi a porre soluzione intanto alle disfunzioni organizzative e gestionali degli apparati ed al rinnovamento della formazione delle molteplici professionalità coinvolte nell’amministrazione della giustizia, destinando imponenti risorse finanziarie ed energie

progettuali.

Le risorse richieste, che dovrebbero includere anche quelle necessarie a garantire condizioni detentive costituzionalmente compatibili, sono di tali dimensioni che una siffatta scelta non sarebbe politicamente indolore mutando le priorità a scapito di ambiti elettoralmente più convenienti. Anche in questo caso potrebbe tornare utile la condivisione politica, considerando che tali riforme contribuirebbero ad attenuare la violazione dei diritti ed i costi economici e sociali che l'inadeguato esercizio della giurisdizione comporta.

6. Ovviamente, ulteriori potrebbero essere gli interventi riformatori in cui, senza reciproci pregiudizi, potrebbero convergere le forze politiche: ma in questa sede non mi interessa dissertare su questa o quella ipotesi di riforma, bensì affermare la necessità di un preliminare mutamento culturale per quanto riguarda la consapevolezza che il Paese non può continuare a procrastinare riforme la cui mancanza produce l'accelerazione delle criticità del sistema politico-istituzionale.

Questo può avvenire non pretendendo che le forze politiche rinuncino ad avanzare proposte meno condivise, ma che si adotti la strategia di una *corsia preferenziale* su quelle in cui sia possibile una più immediata condivisione. Realizzate queste ultime, l'affrontare i temi più controversi potrà avvalersi di un atteggiamento reciproco più costruttivo, più funzionale alla risoluzione dei problemi.

Sono convinto che promuovere questa strategia riformatrice sia nell'interesse del nostro Paese, ma anche delle forze politiche: di quelle di opposizione, perché altrimenti finirebbero per vedersi preclusa la possibilità di incidere; di quelle di maggioranza, perché un referendum di cui all'art. 138 della Costituzione dall'eventuale esito non confermativo vanificherebbe qualsivoglia risultato, con un esito *boomerang* anche sotto il profilo strettamente politico.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Gaetano Azzariti – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Roma La Sapienza

Marina Calamo Specchia – Professoressa Ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università di Bari Aldo Moro

Veronica Caporrino – Ricercatrice t.d., lett. b), di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Emanuela De Falco – Dottoranda di ricerca in EU Law and Circular Economy – Università di Napoli Parthenope

Claudio De Fiores – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Michele Della Morte – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università del Molise

Viviana Di Capua – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Napoli Federico II

Matteo Di Donato – LLM Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa. PhD Candidate – Università del Sannio

Luigi Ferraro – Professore Associato di Diritto pubblico comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Tommaso Edoardo Frosini – Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa

Francesca Iole Garofoli – Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università di Bari Aldo Moro

Donato Greco – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Federico II

Fulco Lanchester – Professore Emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma La Sapienza. Presidente della Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”

Anna Liguori – Professoressa Associata di Diritto internazionale – Università di Napoli L’Orientale

Luca Longhi – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Pegaso

Alberto Lucarelli – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II

Antonio Merlino – Professore a contratto di Storia del pensiero giuridico e della Bioetica – Università Telematica San Raffaele di Roma. Professore a contratto (Privat Dozent DDr., Dr. Habil.) di Vergleichendes Vefassungsrecht Italien – Österreich e di Rechtsphilosophie – Università Paris Lodron di Salisburgo

Daniela Mone – Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico –
Università della Campania Luigi Vanvitelli

Giuseppe Maria Palmieri – Ricercatore t.d., lett. b), di Diritto penale –
Università di Napoli Federico II

Fulvio Pastore – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di
Napoli Federico II

Sergio Pignataro – Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura
dell’economia – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Paolo Piluso – Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Salerno

Fabrizio Politi – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università de
L’Aquila

Fabio Raspadori – Professore Associato di Diritto dell’Unione europea –
Università di Perugia

Elena Riviuccio – Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli
Federico II

Orlando Roselli – Già Professore Ordinario di Diritto costituzionale –
Università di Firenze

Antonio Ruggeri – Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina

Marco Ruotolo – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Roma Tre

Francesco Schiaffo – Professore Ordinario di Diritto Penale – Università di Salerno

Maria Teresa Stile – Professore Associato di Diritto pubblico – Università Telematica Pegaso

Simonetta Trozzi – Dottoranda di ricerca in Legalità, Culture politiche e Democrazia – Università degli Studi di Perugia

Giuliano Vosa – Ricercatore t.d., lett. b), di Diritto costituzionale – Università di Catania

Francesco Zammartino – Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli L'Orientale



Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online (DPER on line) è una rivista scientifica di **Fascia A** di area giuridica inserita negli elenchi dell'Anvur. La Rivista, fondata nel 2015 e pubblicata con cadenza semestrale, è dedicata allo studio di temi di Diritto pubblico di respiro europeo.

Eccettuati gli articoli espressamente richiesti dalla Direzione (*invited articles*), i contributi inviati a *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online* (DPER on line) destinati alla Sezione “Saggi”, e a discrezione del coordinamento anche quelli destinati alla Sezione “Note e commenti”, saranno sottoposti a un sistema di **peer review (double blind)** effettuato da uno o due valutatori scelti tra specialisti della materia, all'interno o all'esterno del Consiglio Scientifico, i quali ne valuteranno congruenza con i contenuti della rivista, rilevanza scientifica, aggiornamento, originalità, qualità del metodo, validità dei risultati, stile.

Nello specifico si prevede la valutazione di due referee anonimi per gli articoli destinati alla Sezione “Saggi”, parimenti per gli articoli destinati alla Sezione “Note e commenti”. Confermata la pubblicabilità del contributo, i valutatori indicheranno se l'articolo debba venire accettato integralmente, o richieda correzioni e messe a punto. I referee valuteranno altresì la correttezza della collocazione dell'articolo nella sezione Saggi o Note e commenti, e l'eventuale opportunità di collocare il contributo in una sezione diversa da quella indicata dall'Autore, nel qual caso si procederà a nuova valutazione secondo le regole previste per il peer review della sezione proposta dai referee. Di tutto ciò verrà informato tempestivamente l'Autore.

La Rivista ospita, sui temi della bioetica, una sezione curata dal Centro interuniversitario di ricerca bioetica - Cirb, le cui regole di pubblicazioni sono le medesime per le altre sezioni.

La Rivista ospita altresì una sezione “Materiali”, ove possono essere pubblicate liberamente lezioni, anticipazioni di pubblicazioni (previa autorizzazione) e altro materiale in modalità *blended*.

La Rivista è pubblicata in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Misure antiplagio

Tutti gli articoli proposti a **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** sono sottoposti a un'attenta verifica volta a rilevare eventuali usi impropri di altri testi, anche ricorrendo a software antiplagio come *Compilatio*, *Turnitin* o *iThenticate*.

Quando è riscontrato un plagio si procede secondo quanto raccomandato nelle linee guida elaborate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) (<http://publicationethics.org/resources/flowcharts>).

Se invece fossero i lettori a segnalare un plagio presente in un articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online**, i coordinatori:

- 1) informano chi ha segnalato l'abuso della procedura che sarà immediatamente avviata;
- 2) verificano il grado di effettiva coincidenza dell'articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** con il testo o i testi che sarebbero stati plagiati;
- 3) informano dell'accaduto l'intera redazione di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** per decidere collegialmente i successivi passi;
- 4) trasmettono all'autore dell'articolo le evidenze emerse dal confronto con gli eventuali testi plagiati e gliene chiedono conto.

Se dovesse risultare che l'autore ha effettivamente plagiato altri testi, i coordinatori di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** il direttore si riserva ogni facoltà prevista dalla legge, rimuovendo e segnalando alle autorità competenti il contributo oggetto di plagio

Dichiarazione sull'etica e sulle pratiche scorrette nella pubblicazione dei lavori scientifici

La presente dichiarazione è conforme alle vigenti linee guida adottate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Tutti gli attori coinvolti nel processo editoriale devono assumere, in ogni fase, comportamenti responsabili ed eticamente corretti.

Gli organi editoriali, i revisori e gli autori sono tenuti a conoscere e condividere le seguenti regole etiche:

1) Decisione di pubblicazione.

La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della **decisione di pubblicare** gli elaborati sottoposti alla Rivista. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio. La Direzione scientifica della Rivista, nell'assumere tali decisioni, si avvale del supporto dei *referee* del Comitato di valutazione, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di revisione che si svolge secondo le modalità dichiarate sulla pagina *web* della Rivista.

La Direzione è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La decisione di accettare o rifiutare un contributo per la pubblicazione è basata sull'importanza, sull'originalità e sulla chiarezza del testo, oltre che sulla validità dello studio e sulla sua rilevanza rispetto agli interessi della Rivista. La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i *referee* non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere **conflitti di interesse** derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale cesseranno di impiegare i valutatori che abitualmente esprimono pareri irragionevoli, di scarsa qualità o in grave ritardo.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione, il Comitato editoriale e il personale della Redazione sono tenuti a **non divulgare alcuna informazione** sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai *referee* incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale, a seconda dei casi.

Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato dai componenti della Direzione scientifica, del Comitato editoriale e della Redazione, nonché dai Responsabili della valutazione e dai *referee* incaricati della valutazione, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Se il Comitato editoriale, i Responsabili della valutazione o la Redazione rilevano o ricevono la **segnalazione** di un problema rilevante in merito a errori/imprecisioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e intraprenderanno ogni azione necessaria per chiarire la questione e, all'occorrenza, ritireranno l'articolo ovvero pubblicheranno correzioni, chiarimenti e ritrattazioni o un *erratum*.

2) Doveri dei revisori (*peer reviewer*)

I revisori assistono la Direzione scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni (*feedback*) veicolate dal Comitato editoriale e dai Responsabili della valutazione, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare la qualità del contributo, suggerendo interventi correttivi o integrativi.

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguirla nei tempi richiesti deve comunicare tempestivamente la sua decisione ai Responsabili della valutazione, **rinunciando al processo di revisione**.

Essi sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della **confidenzialità** della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione scientifica. Le **informazioni** o le **idee acquisite** tramite la revisione dei

contributi devono essere mantenute **riservate** e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

La revisione è un procedimento complesso e multiforme che impone rigore, accuratezza ed estrema attenzione; deve essere condotta con senso di responsabilità e in modo imparziale e oggettivo. I *referee* devono esprimere le proprie **opinioni con chiarezza e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate**. Le critiche devono essere specifiche, motivate e animate da spirito costruttivo: considerazioni generiche quali “questo lavoro non è originale/innovativo” (o simili) vanno corredate con riferimenti appropriati, al fine di consentire alla Direzione scientifica o ai Responsabili della valutazione di addivenire alla decisione circa la pubblicazione o meno del contributo. I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore richiama l’attenzione della Direzione scientifica qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato del quale ha conoscenza personale.

I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi e devono richiedere il parere della Direzione scientifica ovvero dei Responsabili della valutazione nel caso in cui non siano certi se una data situazione comporti o no un conflitto di interessi. I revisori hanno altresì il dovere di informare la Direzione scientifica ovvero i Responsabili della valutazione o il Comitato editoriale qualora si sospetti dell’identità dell’autore là dove ciò possa sollevare un potenziale conflitto di interesse.

Fingere di essere qualcun altro nell’ambito del processo di revisione integra una grave violazione delle regole di condotta. I *referee* non devono coinvolgere nessuna terza persona nella valutazione del contributo, inclusi giovani studiosi, senza prima acquisire parere favorevole da parte della Direzione scientifica o dei Responsabili della valutazione. Il nome di chiunque abbia collaborato con i *referee* deve essere dichiarato, affinché la Rivista ne tenga traccia e alla persona in questione possa essere riconosciuto il lavoro svolto.

3) Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che le loro **opere siano del tutto originali** e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto.

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I relativi dati devono essere rappresentati con precisione nel contributo. I lavori devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permettere, eventualmente, ad altri la **replica** dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I contributi proposti **non devono essere stati pubblicati** come materiale protetto da *copyright* in altre riviste o banche dati senza il consenso della Direzione scientifica. I lavori in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, qualora sia accettato per la pubblicazione, tutti i **diritti di sfruttamento economico**, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite alla Rivista.

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un apporto significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un apporto significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro. Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Direzione scientifica della Rivista o al Comitato editoriale e cooperare con gli stessi al fine di ritrattare o correggere il lavoro.

EDITORIAL TEAM

Direttori: Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”), Anna Maria Nico (Università di Bari “Aldo Moro”), Anna Papa (Università di Napoli “Parthenope”), Andrea Pertici (Università di Pisa), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vedaschi (Università di Milano “Bocconi”)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), 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, Stefania Cecchini, Luca Di Majo, Teresa Esposito, Marta Ferrara, Virgilia Fogliame, Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Francesca Paruzzo, 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