



Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA

ISSN 2281-2113

Fascicolo n. 2/2021

© 2012-2021 Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna | Anno X - Fascicolo 2/2021
Rivista inclusa tra le Riviste scientifiche di Area 12 | ISSN 2281-2113

In copertina:

Carlo Bossoli

Re Vittorio Emanuele II, Cavour, i Ministri e la Corte scendono lo scalone di Palazzo Madama dopo l'inaugurazione della V Legislatura subalpina 1853, Torino, Galleria d'arte moderna e contemporanea

Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna
Fascicolo n. 2/2021

Contributi di

ANDREA AMBROSI	TOMMASO EDOARDO FROSINI
GIUSEPPINA BARCELLONA	ANGELICA GEROSA
LEONARDO BRUNETTI	PAOLO GIOVARRUSCIO
QUIRINO CAMERLENGO	GIUSEPPE LAURICELLA
OMAR CARAMASCHI	ALESSANDRO LAURO
ANDREA CARDONE	CARLO MAGNANI
PAOLO CARETTI	GIACOMO MENEGUS
ARIANNA CARMINATI	RICCARDO MONTALDO
MATTEO CARRER	DONATELLA MORANA
GIACOMO D'AMICO	ALESSANDRO MORELLI
DAVIDE DE LUNGO	MARCO PIERONI
GIANMARIO DEMURO	GIULIO SANTINI
ELENA DI CARPEGNA BRIVIO	CHIARA SCISSA
MARIA CHIARA ERRIGO	GERARDO SCOTTI
CLEMENTE FORTE	ROSARIO STRABONE
ALESSANDRO FRICANO	LUIGI VENTURA
JOSEPH H.H. WEILER	

Il *Forum di Quaderni costituzionali* (fondato da **Roberto Bin** nel 2001) è la sezione telematica di *Quaderni costituzionali* (Direttori **Marta Cartabia** e **Andrea Pugiotto**); dal 2012 pubblica *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna* (Coordinatore **Emanuele Rossi**), Rivista telematica mensile (ISSN 2281-2113).

Il **Comitato scientifico** è composto da: Giuliano Amato, Enzo Balboni, Augusto Barbera, Sergio Bartole, Roberto Bin, Enzo Cheli, Fulco Lanchester, Andrea Manzella, Valerio Onida, Antonio Ruggeri, Gustavo Zagrebelsky.

Il **Comitato dei valutatori** è composto da: Marta Cartabia, Carlo Fusaro, Tommaso F. Giupponi, Enrico Grosso, Nicola Lupo, Michela Manetti, Andrea Morrone, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Carmela Salazar, Diletta Tega, Nicolò Zanon.

La **Redazione** è composta da: Emanuele Rossi (Coordinatore), Paolo Addis, Paolo Bianchi, Francesca Biondi Dal Monte, Corrado Caruso, Vincenzo Casamassima, Francesco Conte, Giacomo Delledonne, Claudia Di Andrea, Luca Gori, Giorgio Grasso, Elisabetta Lamarque, Erik Longo, Michele Massa, Fabio Pacini, Stefania Parisi, Elettra Stradella, Elena Vivaldi. La Redazione si avvale della collaborazione tecnica di: Lorenzo De Carlo, Filippo Galli, Giuseppe Andrea Polizzi, Giulio Santini, Federico Spagnoli.

La Rivista si articola in cinque **obiettivi tematici**, ciascuno dei quali è affidato al coordinamento di alcuni componenti della Redazione: Principi, diritti e doveri; Istituzioni; Fonti del diritto; Europa; Corti costituzionali e giurisdizioni.

Il *Forum di Quaderni Costituzionali* è aperto a tutti gli studiosi di Diritto costituzionale. Chiunque può intervenire inviando il suo scritto alla Redazione: forumcostituzionale@mulino.it. I contributi originali inviati vengono sottoposti ad un referee del Comitato dei valutatori, che si riserva il diritto di non accettarli. La Redazione si riserva di non avviare alla valutazione i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste dal **Regolamento** (www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=14172). Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti: non si accettano scritti anonimi.

INDICE SOMMARIO

PAOLO CARETTI, In ricordo di Stefano Merlini	p. VIII
LUIGI VENTURA, ALESSANDRO MORELLI, Il paradossale percorso dei diritti sociali	p. 1
DONATELLA 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	p. 10
MARIA CHIARA ERRIGO, Il XXV emendamento: problematiche applicative di una clausola "insolita"	p. 19
GIANMARIO DEMURO, Leggi regionali di interpretazione autentica, autonomie locali e deroghe al codice civile per le distanze tra gli edifici	p. 30
DAVIDE DE LUNGO, Appunti costituzionali sul nuovo "Decreto Ministeri" del Governo Draghi	p. 36
GIACOMO D'AMICO, Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio? Il riparto di competenze in materia ambientale e i fanghi di depurazione delle acque reflue	p. 44
ROSARIO STRABONE, Recensione a Costantino Mortati, <i>La teoria del potere costituente</i> , a cura di Marco Goldoni, Quodlibet Ius, Macerata, 2020, pp. 1-160	p. 57
ANDREA AMBROSI, La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016	p. 63
TOMMASO EDOARDO FROSINI, Recensione a Paolo Armaroli, <i>Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica</i> , La Vela, Lucca, 2021, pp. 1-160	p. 83
GIACOMO MENEGUS, Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)	p. 87

GIUSEPPINA BARCELLONA, Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021	p. 112
JOSEPH H.H. WEILER, Verso “Lautsi- <i>bis</i> ”? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio	p. 121
OMAR CARAMASCHI, La disciplina regionale sul “controllo del vicinato” al vaglio del giudice delle leggi: un’ulteriore pronuncia nella giurisprudenza costituzionale in tema di sicurezza pubblica (a margine di Corte cost., sent. n. 236/2020)	p. 128
ALESSANDRO LAURO, La libertà di informazione ai tempi del <i>GDPR</i>	p. 142
CARLO MAGNANI, Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta	p. 163
CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI, Qualche riflessione sulla sentenza n. 235 del 2020 della Corte costituzionale: implicazioni sul principio della copertura finanziaria ex art. 81, terzo comma, Cost.	p. 197
GIUSEPPE LAURICELLA, Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto	p. 221
ALESSANDRO FRICANO, Recensione a Francesco Rigano e Matteo Terzi, <i>Lineamenti dei diritti costituzionali</i> , Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 1-391	p. 277
PAOLO GIOVARRUSCIO, La legge del Veneto sul “controllo di vicinato” esorbita dalle competenze regionali: alcune considerazioni sulla sent. n. 236/2020	p. 281
CHIARA SCISSA, Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un’analisi di tre recenti pronunce	p. 296

IV

- ANDREA CARDONE, Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile? p. 311
- MATTEO CARRER, L’interesse nazionale, araba fenice dell’ordinamento costituzionale. Metafore e paralleli giuridici da una recente monografia p. 327
- ELENA DI CARPEGNA BRIVIO, Il Fondo di anticipazione di liquidità (FAL) e le sue tentazioni. Note a margine di Corte cost. 80/2021 p. 343
- LEONARDO BRUNETTI, Libertà, autonomia e indipendenza. Riflessioni sul DDL costituzionale, depositato al Senato, d’introduzione dell’Avvocatura in Costituzione p. 354
- ARIANNA CARMINATI, La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce impasse e squilibri p. 366
- QUIRINO CAMERLENGO, Il costituzionalismo e la mobilità sociale: a proposito di Tania Groppi, *Oltre le gerarchie*, Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-117 p. 381
- GERARDO SCOTTI, Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà “digitale” p. 399
- ANGELICA GEROSA, La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra *Independent Oversight Board* e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR p. 427
- RICCARDO MONTALDO, Il valore costituzionale dell’ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma p. 441
- GIULIO SANTINI, Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. p. 460

INDICE TEMATICO

Editoriale: CARETTI (p. VIII)

Obiettivo Principi, diritti e doveri: VENTURA-MORELLI (p. 1), WEILER (p. 121), LAURO (p. 142), LAURICELLA (p. 221), SCISSA (p. 296), SCOTTI (p. 399), MONTALDO (p. 441), SANTINI (p. 460)

Obiettivo Istituzioni: ERRIGO (p. 19), DE LUNGO (p. 36), BRUNETTI (p. 354)

Obiettivo Corti costituzionali e giurisdizioni: MORANA (p. 10), DEMURO (p. 30), D'AMICO (p. 44), AMBROSI (p. 63), MENEGUS (p. 87), BARCELLONA (p. 112), CARAMASCHI (p. 128), MAGNANI (p. 163), FORTE-PIERONI (p. 197), GIOVARRUSCIO (p. 281), CARDONE (p. 311), DI CARPEGNA BRIVIO (p. 343), CARMINATI (p. 366), GEROSA (p. 427)

Recensioni e autorecensioni: STRABONE (p. 57), FROSINI (p. 83), FRICANO (p. 277), CARRER (p. 327), CAMERLENGO (p. 381)

INDICE DEGLI AUTORI

Andrea Ambrosi, p. 63
 Giuseppina Barcellona, p. 112
 Leonardo Brunetti, p. 354
 Quirino Camerlengo, p. 381
 Omar Caramaschi, p. 128
 Andrea Cardone, p. 311
 Paolo Caretti, p. VIII
 Arianna Carminati, p. 366
 Matteo Carrer, p. 327
 Giacomo D'Amico, p. 44
 Davide De Lungo, p. 36
 Gianmario Demuro, p. 30
 Elena di Carpegna Brivio, p. 343
 Maria Chiara Errigo, p. 19
 Clemente Forte, p. 197
 Alessandro Fricano, p. 277
 Tommaso Edoardo Frosini, p. 83

Angelica Gerosa, p. 427
 Paolo Giovarruscio, p. 281
 Giuseppe Lauricella, p. 221
 Alessandro Lauro, p. 142
 Carlo Magnani, p. 163
 Giacomo Menegus, p. 87
 Riccardo Montaldo, p. 441
 Donatella Morana, p. 10
 Alessandro Morelli, p. 1
 Marco Pieroni, p. 197
 Giulio Santini, p. 460
 Chiara Scissa, p. 296
 Gerardo Scotti, p. 399
 Rosario Strabone, p. 57
 Luigi Ventura, p. 1
 Joseph H.H. Weiler, p. 121

In ricordo di Stefano Merlini

PAOLO CARETTI*

Il giorno di Pasqua si è spento nella sua casa di Fiumetto-Marina di Pietrasanta Stefano Merlini, dopo un'accanita lotta contro una lunga malattia. Era nato a San Giovanni Val d'Arno il 24 novembre 1938 e, dopo il liceo, era approdato a Roma dove si laurea alla Sapienza in Diritto costituzionale con Vezio Crisafulli. Rientrato a Firenze, inizia la preparazione del concorso in magistratura, che vince nel 1970, ma nel frattempo si avvicina a Paolo Barile, entrando a far parte di un gruppo di giovani allievi; una scuola che con Stefano perde non solo uno studioso rigoroso, ma un amico dal tratto elegante, gentile e generoso. Dopo la breve parentesi come magistrato, entra nei ranghi dell'Università e dal 1981, in qualità di professore ordinario, insegna diritto costituzionale nelle Università di Cagliari, Siena e Firenze.

Il suo impegno scientifico si è rivolto essenzialmente allo studio degli sviluppi della nostra forma di governo attraverso le varie fasi della storia repubblicana. A questo tema Merlini ha dedicato numerose monografie: *Struttura del Governo e intervento pubblico nell'economia* (La Nuova Italia Editrice, 1979); *Autorità e democrazia nello sviluppo della forma di governo italiana* (Giappichelli 1996); *Il Governo parlamentare in Italia* (Giappichelli 2018). Numerose anche le curatele di cui vanno ricordate almeno *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo* (Giappichelli, 2001-2004); *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico. 1944-1948* (Laterza 2007); *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti* (Passigli 2009); *Magistratura e politica* (Passigli 2016); *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista*, Atti del Convegno per il centenario dalla nascita di Paolo Barile (Firenze University Press, 2019). Nel 2007 promuove la costituzione del Centro di studi politici e costituzionali intitolato a Piero Calamandrei e Paolo Barile. In questa sua veste organizza una serie di convegni e, da ultimo, si impegna con grande entusiasmo ed energia alle celebrazioni del Centenario della nascita di Carlo Azeglio Ciampi (1920-2020). Ha lavorato fino all'ultimo e proprio in queste settimane attendeva alle bozze del libro curato con Andrea Manzella su Ciampi Presidente del Consiglio, uno dei quattro Volumi dedicati alla figura dello statista livornese.

Fin qui l'accenno a Merlini accademico (ben altro ci sarebbe da dire). Ma c'è una doppia anima di Stefano che non può essere dimenticata ed è quella del musicologo e impresario teatrale. Uomo colto non solo di diritto, ma anche di

* Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze.
Indirizzo mail: paolo.caretti@unifi.it

teatro, Stefano partecipa alla vita delle maggiori istituzioni musicali fiorentine e tra queste di particolare importanza il Teatro del Maggio Musicale Fiorentino, di cui fu membro del Consiglio d'amministrazione a partire dal 1985 e sovrintendente dal 1999 al 2002. Ma prima ancora era stato Presidente dell'Ente Teatro Romano e animatore dell'Estate fiesolana e, subito dopo, è tra i fondatori e membro del Consiglio d'amministrazione della Fondazione "Paolo Grassi - la voce della cultura di Milano" (2006) e diviene Presidente dell'Accademia "Bartolomeo Cristofori". Una passione per la musica e per il teatro condivisa col suo Maestro Paolo Barile e che rappresenta uno degli aspetti più interessanti del loro rapporto di amicizia e reciproca stima.

Mi rendo conto che questo ricordo non è che uno scarso elenco dell'opera multiforme di un intellettuale raffinato che metteva impegno ed entusiasmo in ogni intrapresa, riguardasse il mondo universitario, quello teatrale o quello della società civile, di cui è stato una voce presente e sempre equilibrata. Non mancheranno le occasioni per ripercorrerne l'itinerario scientifico. Ora ci manca il suo tratto umano, la sua ironia intelligente, la sua disponibilità e generosità nel farsi carico anche dei problemi altrui e a me, in particolare, un amico fraterno e un tenace e combattivo compagno di tennis.

Il paradossale percorso dei diritti sociali*

LUIGI VENTURA, ALESSANDRO MORELLI**

Sommario

1. La collocazione storica dei diritti sociali. – 2. La questione teorica: il rapporto tra libertà ed eguaglianza. – 3. Diritti sociali, dignità umana ed emergenza.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

L. VENTURA, A. MORELLI, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Monsignor Vincenzo Bertolone*.

** Luigi Ventura è Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli studi "Magna Græcia" di Catanzaro. Indirizzo mail: ventura@unicz.it. Alessandro Morelli è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Messina. Indirizzo mail: alessandro.morelli@unime.it.

1. La collocazione storica dei diritti sociali

Quella dei diritti sociali è una storia ricca di paradossi: per lungo tempo svalutati, considerati perfino di dubbia compatibilità con lo Stato di diritto e, poi, intesi come situazioni giuridiche secondarie rispetto ai diritti civili, limitate e limitabili in base a “esigenze di bilancio” in quanto “diritti costosi”. Ora, dopo l’esplosione dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid, protagonisti assoluti di ogni discussione pubblica sulle misure e sugli interventi di gestione della pandemia: salute, istruzione e lavoro costituiscono i beni le cui esigenze di tutela e di promozione vengono prevalentemente rappresentate nel dibattito pubblico, mentre i diritti di libertà negativa sono limitati e compressi con atti amministrativi, talora privi di una sufficiente copertura legislativa.

Se si ripercorre la storia dei diritti sociali verso il loro pieno riconoscimento come diritti costituzionali, appare evidente come essi abbiano dovuto scontare, prima di ogni altro, lo scoglio della dottrina pubblicistica. Il primo dibattito si ebbe a seguito della loro inclusione nella Costituzione di Weimar del 1919, che ne faceva una categoria giuridica finalmente sottratta al limbo cui erano stati destinati fino ad allora, in quanto ritenuti enunciazioni di carattere soltanto politico. La dottrina, in seguito a quella inclusione, si interrogò sulla loro compatibilità con lo Stato di diritto, così come lo intendeva il pensiero liberale. Quella inglese è storia non solo di dottrine politiche, ma del prodotto, sul piano legislativo, delle scelte della classe borghese liberale e del suo “egoismo intelligente” che introdusse, al di là dei contributi di pensiero, misure ingenti di protezione sociale, soprattutto da parte di un governo conservatore, e ricordando che, inoltre, l’espressione “Stato liberale” non è una categoria propriamente giuridica, essendo i suoi connotati fondamentali di natura economica (libera concorrenza, mercato, proprietà privata, libertà di contratto e relativo *laissez faire*), tanto che, alla fine della storia, si definisce lo Stato sociale come l’evoluzione del moderno Stato di diritto¹; una modernità che, quantomeno sul piano teorico, fu assai difficile da conquistare.

La dottrina adottò un approccio svalutativo e riduttivo di tali diritti, a paragone di quelli della precedente generazione, intendendoli talvolta come diritti legali, talaltra come *indicazioni* o *direttive* rivolte al legislatore, ovvero come *norme di principio* dirette sempre al legislatore, che avrebbe dovuto darne attuazione attraverso la legge. In sostanza si trattava di diritti non azionabili, richiedenti la necessaria *interpositio* del legislatore, che non era sottoposto a strumenti giuridici che lo potessero indurre o costringere a dar seguito agli enunciati della

¹ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XV ed. interamente riveduta da G. SILVESTRI, Giuffrè, Milano, 2020, spec. pp. 132 ss., 206 ss., 615.

Costituzione. Difatti, le norme che prevedevano diritti sociali rimanevano con il loro valore politico, ma senza efficacia giuridica ed effettività².

Una volta giunti al tragico superamento della realtà politico-istituzionale di Weimar, con l'approvazione in Italia, Francia e Germania di Costituzioni caratterizzate fortemente dalla democrazia pluralista, il dibattito dottrinale, massimamente nel nostro Paese e in Germania, riprese le sue mosse alla stregua del precedente. L'unica differenza, se così può dirsi, fu che si determinò una contrapposizione, sempre e comunque sul versante della loro inconciliabilità, tra i principi dello Stato liberale di diritto e quelli dello Stato sociale democratico, che inconfutabilmente era stato impiantato nelle citate Costituzioni del dopoguerra. Non più, pertanto, una non solubile tensione tra diritti di libertà e diritti sociali.

G. Leibholz sostenne al riguardo che, basandosi i diritti fondamentali classici sul concetto (liberale) di *libertà negativa*, e i diritti sociali sul concetto (democratico) di *eguaglianza*, si sarebbe creato tra di essi una *tensione irresolubile*, essendo i diritti sociali limitativi e restrittivi rispetto alla condizione dei titolari dei classici diritti di libertà negativa³. Tale tensione, peraltro, non avrebbe avuto che una soluzione: la negazione o dei diritti di libertà o dei diritti sociali. E, posto che la condizione originaria dell'individuo era quella della *libertà* e non già dell'*eguaglianza* e che solo la libertà faceva da argine ai regimi totalitari, la dialettica andava risolta a vantaggio dei diritti di libertà, mentre i diritti sociali erano ritenuti solo dei principi programmatici e, pertanto, non autentici diritti. Nonostante la chiara lettera delle due Costituzioni in discorso, e segnatamente di quella italiana, la questione tenne banco durante il primo decennio di vita della democrazia costituzionale, fino a quando, cioè, non furono rese funzionanti le Corti costituzionali, che avrebbero dato un impulso decisivo alla soluzione del dilemma. Tuttavia, è stata notata⁴ l'incapacità a superare i limiti teorici del c.d. modello dello Stato liberale di diritto al cospetto del nuovo contesto istituzionale dello Stato democratico, impiegando, senza adattarli, antichi concetti e categorie ormai obsoleti, anche da parte di chi riteneva inaccettabile la visione svalutativa di Leibholz.

A posteriori si può osservare che la conservazione è sempre dura a cedere il passo, anche sul piano della dottrina. Esempio è, al riguardo, la tesi di M. Mazziotti di Celso, per il quale anche i diritti sociali sarebbero situazioni giuridiche soggettive, non già principi programmatici e, tuttavia, diverse dai diritti fondamentali di libertà. Sarebbero, cioè, situazioni giuridiche attenuate, *interessi*

² Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, vol. XI, pp. 1 ss.

³ G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie* (1952), in ID., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Muller, Karlsruhe, 1958, pp. 87 ss., 130.

⁴ ... da A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit.

costituzionalmente protetti, alla stregua degli interessi legittimi del diritto amministrativo, vale a dire, più precisamente, delle *aspettative giuridiche che rappresenterebbero il riflesso delle norme costituzionali prescriventi al titolare di un pubblico potere l'esercizio di una funzione per il soddisfacimento di un interesse collettivo*⁵. Si tratta così, ancora una volta, di una svalutazione dei diritti sociali ridotti al livello di interessi legittimi, che non tiene conto delle differenze che intercorrono tra amministrazione e legislazione, la quale ultima è un'attività libera nel fine e, come s'è visto dianzi, pur affidandole il ruolo di concretizzare e rendere effettivi i diritti sociali, non prefigurerebbe misure e strumenti idonei a costringerla a tale compito. E tuttavia lo stesso Autore, dopo un lineare ragionamento, conclude che «i diritti sociali non sono affatto, per loro natura, in contrasto intrinseco con i diritti di libertà. In quanto tendono ad attuare l'eguaglianza giuridica, essi sono anzi in armonia con la libertà».

Non c'è ora l'intenzione di ricostruire il tortuoso affermarsi dei diritti sociali, ormai ritenuti diritti fondamentali. E il percorso verso questo approdo è con precisione disegnato, stigmatizzando «*incongruenze*» e «*distorsioni della realtà storica*», nonché «l'infelice destino storico della positivizzazione dei diritti sociali», che hanno determinato per lungo tempo, per essi, una situazione di '*minorità*', causata dalla pur innegabile «*priorità storica dei diritti di libertà*»⁶. Si rinvia pertanto alla copiosissima letteratura che ha affrontato e risolto il problema, se non altro nel suo profilo teorico e giuridico, nonché alla giurisprudenza costituzionale, nel cui ambito la conservazione è stata ed è incarnata dagli interventi dell'Avvocatura dello Stato, a rappresentare il Presidente del Consiglio dei ministri soprattutto nei giudizi incidentali, sempre e comunque a difesa anche dell'indifendibile, ma non già da parte della Corte, come temevano le sinistre, prima della tardiva realizzazione effettiva dell'organo di garanzia, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in funzione di supplenza rispetto a un legislatore inerte dinanzi al compito istituzionale di "riformare" la legislazione sotto il segno della Costituzione, ha provveduto in suo luogo, ma anche ad anticipare bilanciamenti e decisioni legislative sul versante della instaurazione dell'ordinamento democratico e pluralista, lontano ormai da utopie di retroguardia sempre presenti in difesa surrettizia e mendace dello Stato di diritto volutamente immaginato. Basti pensare alla definizione dei diritti sociali (profondamente erronea e antistorica) come «*diritti socialisti*»⁷, interpretazione dura a sparire,

⁵ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, pp. 802 ss.;

⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 82 ss.

⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1984, spec. pp. 50 ss.

anche per l'ignoranza d'accatto di taluni dirigenti politici. Essi hanno trovato la Consulta come protagonista, con uno strumentario sempre più affinato al fine della loro realizzazione concreta e quindi dello Stato di diritto disegnato in Assemblea costituente, fin dalla sentenza n. 1 del 1956, in cui la Corte affermò definitivamente la sua competenza a considerare le norme c.d. *programmatiche* come parametro del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Anche se l'armamentario della Corte, che ha avuto lo strumento più efficace nelle sentenze *additive di prestazione*, si è progressivamente assottigliato, attraverso passaggi intermedi, come *l'incostituzionalità accertata e non dichiarata*, o il *differimento nel tempo dell'entrata in vigore delle pronunce*, fino alle sentenze *additive di principio*.

Come, al riguardo, rileva esattamente C. Salazar⁸, mentre la Corte, anche per effetto della crisi economica, ha per l'appunto "chiuso" «la stagione della ricerca dei 'rimedi' alle omissioni incostituzionali del legislatore, almeno quando si tratta di diritti 'costosi'» e pur osservando che, al contrario di quanto si pensi, «il ricorso al *test* di ragionevolezza ha finito per contenere la pervasività del controllo di costituzionalità», piuttosto che rappresentare un giudizio di «opportunità» sulle scelte affidate alla discrezionalità legislativa, l'Autrice osserva un persino felice paradosso. Difatti, per «il 'segmento' relativo ai diritti degli immigrati, divenuto ormai imponente», si nota come il *trend* relativo ai c.d. diritti costosi abbia registrato una inversione di tendenza, poiché la Corte è ricorsa a sentenze additive di prestazione, «ben al di là dei casi di palese irragionevolezza o di compressione del contenuto essenziale dei diritti», quasi a evitare che la compressione dei diritti a ottenere prestazioni, oltre a costituire una odiosa discriminazione, finisca «per negare a chi giunge nel nostro Paese ... la possibilità di sentirsi parte della collettività, pur quando si tratti di lavoratori che contribuiscono, con il loro apporto, al benessere generale», con la conseguenza che in tali casi la discrezionalità legislativa, anche al cospetto di carenza di risorse disponibili, «perde la sua ampiezza»⁹. A parte che sarebbe facilmente dimostrabile che tutti i diritti, anche quelli c.d. della prima generazione, costano.

2. La questione teorica: il rapporto tra libertà ed eguaglianza

Non vi è dubbio che il discorso sui diritti sociali sia per induzione riconducibile a quello su libertà ed eguaglianza, concetti e principi sui quali non si finirà mai di discorrere, forse perché essi non esisteranno mai in modo pieno. Ma fanno bene i costituzionalisti a dibatterne i contenuti e le reciproche implicazioni, non fosse altro per non lasciarli alla sarabanda dei dibattiti politici, tradotti in "concetti" da

⁸ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 11.

⁹ *Ibidem*.

“grandi magazzini”. È evidente che nella discussione dal '900 in poi hanno inciso posizioni ideologiche diverse e spesso opposte, che si sono tradotte, talvolta naturalmente talaltra tragicamente, in regimi e istituzioni totalitari, che hanno scandito e segnato la storia del «secolo breve»¹⁰. Ma la discussione continua. E continua pure l'insoddisfazione di vedere, se non altro al livello globale, libertà ed eguaglianza non realizzate, ma utilizzate come un dentifricio per sbiancare i sorrisi di potenti democratici e dittatori. Tuttavia, mentre, anche per ragioni storiche, la libertà è più pacificamente assorbita nell'immaginario collettivo di persone e di popoli, è l'eguaglianza a determinare problemi non solo e non tanto perché lontana dall'essere mediamente raggiunta, ovviamente nelle forme previste dalle Carte costituzionali, quanto più perché, nonostante le teorie filosofiche, i dibattiti dei costituzionalisti e degli intellettuali in genere, si tratta di un concetto, di un valore, di un principio che determina “paura” in larghi strati del popolo: non tutti vogliono essere eguali, anche se tutti, per se stessi, pretendono dallo Stato le prestazioni dei diritti sociali. La libertà ha in certo senso un valore assertivo: io sono libero; l'eguaglianza ha un valore di relazione: io sono eguale ... a chi? Ed è forse la risposta a quest'ultimo quesito a rendere problematica l'affermazione non ipocrita dell'eguaglianza. Non tocchiamo l'argomento della società dei due terzi, né l'argomento del privilegio, né del carico fiscale che dovrebbero assumersi i privilegiati (in chiave costituzionalmente progressiva) per rendere più agibile la media realizzazione dell'eguaglianza di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. Ma guardiamo per un momento alle differenze che creano paure e spesso “mostri”, che sono i mostri del nostro tempo, in una società violenta e perciò stesso ineguale. E, tuttavia, se l'eguaglianza è un valore cui tendere senza sosta o quartiere, anche le diversità sono valori. Tutti vogliono essere liberi, non tutti vogliono essere eguali. Difatti si tratta di discorrere di eguaglianza dinanzi alla legge e allo Stato di soggetti e gruppi diseguali, senza che la discussione debba o possa essere “inquinata” e falsata dall'egualitarismo, poiché non è pensabile un'eguaglianza, «come diritto», senza l'indicazione del contenuto di una possibile discriminazione, mentre «nel nostro ordinamento, non si potrà innanzi tutto parlare dell'eguaglianza in genere, ma dell'eguaglianza quale è proclamata dall'art. 3 Cost.»¹¹. Non vi è dubbio che l'eguaglianza, pur nelle forme introiettate dal costituzionalismo, non è di questo mondo, qualunque sia l'ideologia dominante. Quella “livellatrice” si ha solo alla fine della vita, astrazione fatta per chi crede in una diversa dimensione con contenuto “retributivo”. Abbiamo solo la possibilità di batterci per l'eguaglianza di fronte al diritto e nel diritto; ma, mentre le politiche degli Stati sono

¹⁰ E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve 1914/1991* (1994), trad. it. di B. LOTTI, Rizzoli, Milano, 2000.

¹¹ A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 78 ss.

tendenzialmente esclusive, le sentenze delle Corti, nazionali ed europee, sono tendenzialmente inclusive. E questo è un problema. V. Onida afferma: «è proprio ed anzitutto sul terreno dei diritti di libertà ‘classici’ che il precetto dell’eguaglianza, intesa come estensione universale delle regole e delle garanzie, senza discriminazioni, può espandersi pienamente. Le libertà costituzionali sono veramente tali solo se espressione di *eguale libertà* delle persone». E «se si ha riguardo al criterio dell’effettività del godimento dei diritti: anche le libertà ‘classiche’ hanno ... una componente sociale, se si pretende che esse siano effettivamente usufruite da tutti». Mentre «i diritti sociali ... non riguardano e non possono riguardare, invece, tutti gli individui nello stesso modo, bensì, assai spesso, solo coloro che si trovano in situazioni di svantaggio di fatto, i così detti soggetti deboli: e quindi richiamano meno l’uguaglianza intesa come universalità e uniformità di regime giuridico, e più l’eguaglianza c.d. sostanziale, la cui realizzazione richiede spesso, o può richiedere, differenze di trattamento, giustificate o imposte appunto dall’imperativo del superamento o della limitazione delle disuguaglianze di fatto»¹².

3. Diritti sociali, dignità umana ed emergenza

Se corrisponde a una convinzione diffusa che la forma dello Stato sovrano si articoli nel rapporto mortatiano tra autorità e libertà, tale relazione assume nella democrazia costituzionale una connotazione del tutto peculiare: ha ragione, infatti, H. Kelsen, dinanzi alla dialettica tra eguaglianza e libertà e sicuramente dinanzi alla loro sintesi teorica (che, purtroppo, non corrisponde spesso, nei fatti, a una reale sintesi politica)¹³. L’autorità c’è sempre (anche se nello Stato sociale e nella democrazia costituzionale deve essere assistita dal, e fondarsi nel, consenso), oltre le libertà e altri principi di pari rango. Ci sono l’eguaglianza, i diritti fondamentali, la dignità della persona, che necessitano, sempre e come che sia, di essere effettivamente garantiti. Non si può fare a meno dell’autorità (essendo venuta meno, e non poteva essere altrimenti), sia in generale che nelle condizioni storiche e sociali contingenti, l’utopia tradita della fine dello Stato. Non si può fare a meno dello Stato, in cui la sovranità è declinata nelle forme della separazione dei poteri e della tutela di quei principi e diritti di cui si è fin qui discusso. Allora il rapporto va costruito *circolarmente*, tra *autorità-libertà-eguaglianza-diritti*; circolarmente perché non si può trattare di una linea retta o, come pure si potrebbe dire, di rette parallele. L’autorità nasce ed è legittimata dalle libertà politiche e civili, dall’eguaglianza e dall’esercizio dei diritti fondamentali. Ma libertà, eguaglianza e

¹² V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 102 ss.

¹³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 46.

diritti non possono autoaffermarsi, non possono essere autofondati, perché sarebbero come foglie al vento. Hanno bisogno, per l'appunto, di una autorità che da essi tragga alimento, che, allo stesso tempo, li realizzi, li implementi, li garantisca. Nella fase attuale ci sono le Corti nazionali e le Corti europee. Non è dato sapere, soprattutto per queste ultime, quale sarà il futuro e se, in ipotesi, tali Corti si distaccheranno dalla ora necessitata "politica" casistica; mentre la mancanza di δῆμος non colpisce solo le istituzioni europee, ma anche l'inconcludenza, almeno in questa fase, delle istituzioni nazionali. Si può confidare ancora che siano le Corti nazionali che, non facendosi scavalcare da indirizzi inclusivi delle Corti europee, continuino la loro opera di indiscutibile rendimento che data dalla fine degli orrori del '900 in poi, anch'esse espressione del principio di sovranità. Se poi, ma purtroppo sembra una delle tante utopie di cui si sono alimentati teorici, studiosi e padri lungimiranti, nascesse un altro vero sovrano sovranazionale, con i caratteri dettati dal costituzionalismo e non dal mercato o dalle esigenze economico-finanziarie, nulla cambierebbe sul piano dei principi, a condizione che il nuovo sovrano (federale), nel rispetto della sovranità auto-limitata degli Stati membri, fosse ancora, di più degli stessi, democratico e inclusivo. Occorre, cioè, che ci sia pur sempre un Sovrano per dare certezza a diritti e doveri. Ancor più in una fase storica tragica come quella che stiamo vivendo, nella quale tornano ad affermarsi istanze primordiali di sopravvivenza, la stessa garanzia dell'esistenza umana rivela la sua natura di precondizione di ogni altra pretesa giuridicamente fondata e il rapporto tra diritti civili e diritti sociali vive un paradossale capovolgimento, le esigenze di protezione degli ultimi risultando prevalenti rispetto a quelle dei primi. Si tratta, per vero, di un paradosso solo apparente, considerato che i diritti sociali danno veste giuridica a bisogni primari dell'essere umano, il cui soddisfacimento impone non soltanto l'adozione di adeguate politiche sociali ma l'assunzione d'ineludibili scelte di giustizia.

Alla stregua dei temi all'attenzione in questi tempi, occorre ribadire che il diritto prevalente, che deve essere prevalente, e che è forse poco all'attenzione dei dibattiti politici e dell'informazione, è quello naturale alla vita, prima ancora che alla salute, che ne è prodromico. Poco si discute delle centinaia di persone che, quotidianamente, la perdono nel silenzio non solo degli innocenti. Un diritto che è riconosciuto e positivizzato dallo Stato democratico che ne determina la differenza con ordinamenti autocratici o autoritari, in cui diritti della "prima generazione" e quelli sociali di cui qui si discorre, è tale anche se non fosse riconosciuto positivamente. Non ci possono essere dubbi che valga di più la protezione della vita e ovviamente quella della salute più di qualsiasi altra libertà e di qualsiasi altro diritto anche "costoso". Agli studenti di diritto costituzionale si può dire, come si è detto, che vale più una vita di qualsiasi esigenza di natura economica. Il diritto alla vita, anche se non fosse positivizzato, esisterebbe

comunque e la sua violazione legittimerebbe qualsiasi diritto di resistenza¹⁴. Non si sta discutendo dell'ipocrita "diritto alla felicità" recitato dalla Costituzione degli Stati Uniti. Si sta richiamando quel diritto, evidentemente considerato, al livello mediatico, prevalente rispetto al "diritto" di praticare lo sport dello sci sulle piste montane o a quello di chi gestisce piste innevate e che hanno avuto, a torto o a ragione, una ribalta mediatica che non hanno (in quanto solo numeri) coloro che ogni giorno perdono la vita e che hanno, non umanamente, un solo valore statistico. Semmai si parli e, soprattutto, si operi per un diritto al futuro, possibilmente migliore del presente. Ma tutti i diritti della prima generazione e, forse soprattutto, quelli sociali sono indubbiamente serventi il diritto alla vita.

¹⁴ Cfr. J. LOCKE, *Trattato sul governo* (1691), a cura di L. FORMIGARI, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 173.

Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021

DONATELLA MORANA*

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 37 del 12 marzo 2021.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html.

Sommario

1. Dalla sospensione all'illegittimità costituzionale della legge valdostana n. 11/2020. – 2. Il contrasto alla pandemia spetta allo Stato: la lettura espansiva della profilassi internazionale. – 3. L'interpretazione della materia: la trasversalità negata e l'eclissi della leale collaborazione. – 4. Profilassi internazionale inclusiva dell'approccio terapeutico: e la tutela della salute? – 5. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

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*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Indirizzo mail: morana@uniroma2.it.

1. Dalla sospensione all'illegittimità costituzionale della legge valdostana n. 11/2020

Con la sentenza n. 37/2021 la Corte costituzionale ha in larga parte accolto le questioni di legittimità costituzionale prospettate dal Governo nei confronti della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11 del 2020. Questa decisione ha avuto come peculiare antecedente l'adozione da parte della medesima Corte dell'ordinanza n. 4/2021, che aveva già notevolmente sollecitato l'interesse della dottrina per essere – com'è noto – la prima pronuncia con la quale il Giudice costituzionale aveva sospeso in via cautelare l'efficacia di un atto legislativo, facendo quindi valere uno specifico potere introdotto dalla legge n. 131 del 2003 ma rimasto inerte fino all'inizio del 2021¹.

Vero è che con l'ord. n. 4/2021 era stata l'intera legge valdostana impugnata a essere colpita dalla sospensione interinale dell'efficacia, mentre la pronuncia in commento “si limita” a dichiarare l'illegittimità degli artt. 1 e 2, nonché dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 4, della stessa legge regionale; ma è altrettanto indubbio che le poche norme “sopravvissute” sono le meno significative e attengono perlopiù a profili organizzativi interni alla Regione. Una sostanziale continuità tra ordinanza e sentenza può essere ravvisata, soprattutto, nella individuazione del parametro determinante ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, prima, e della dichiarazione di illegittimità, poi: vale a dire l'art. 117, comma 2, lett. *g*, Cost. Il *fumus* ritenuto sussistente dall'ord. n. 4/2021 si solidifica nella sent. n. 37/2021 e conduce la Corte a considerare fondati i dubbi sollevati dal Governo. E dunque secondo la pronuncia la legge regionale, introducendo misure di contrasto alla pandemia divergenti rispetto a quelle individuate dallo Stato, ha invaso la competenza di quest'ultimo in materia di profilassi internazionale, alterando illegittimamente la risposta normativa unitaria che, in una situazione di emergenza pandemica quale quella in corso, il disegno costituzionale delle attribuzioni assegna all'ente territoriale centrale.

La disciplina della gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, insomma, non spetta alle Regioni, le quali non sono abilitate a introdurre misure sostanzialmente derogatorie rispetto a quelle assunte a livello statale attraverso il

¹ Sull'ord. n. 4/2021 e sulla novità rappresentata dalla sospensione cautelare di una legge v., in particolare, A. CONZUTTI, *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, pp. 251 ss.; 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, pp. 118 ss.; N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2021, pp. 223 ss.

ripetuto utilizzo della “coppia” di fonti rappresentate da decreto-legge e dPCM. Nello specifico le norme caducate della legge valdostana si proponevano di introdurre una regolazione calibrata sul territorio regionale riguardante «le attività produttive, industriali e commerciali, professionali, di servizi alla persona, sociali, culturali, ricreative e sportive» (come riassuntivamente esplicitato nell’art. 1, comma 3, e poi dettagliato nelle disposizioni successive), al dichiarato fine di «contemperare la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone con la necessità di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV-2 sul territorio della Regione autonoma Valle d’Aosta» (art. 2, comma 1).

Né per la Corte assume rilevanza la condizione di Regione ad autonomia speciale rivestita dalla Valle d’Aosta: viene infatti considerato «pacifico che la competenza statale esclusiva in materia di “profilassi internazionale” si imponga anche alla Regione autonoma Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste, atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto». Anzi, poiché lo Statuto speciale attribuisce alla Regione una competenza legislativa di integrazione e di attuazione soltanto in materia di “igiene, sanità, assistenza ospedaliera e profilattica”, ne risulta che l’autonomia regionale speciale è posta in una condizione meno favorevole rispetto a quella che deriva dalla titolarità della competenza concorrente nel settore della “tutela della salute” *ex* art. 117, comma 3: vi è pertanto spazio perché si attivi la clausola di maggior favore prevista dall’art. 10 l. cost. n. 3/2001². E quest’ultima disposizione, osserva la Corte, «pone la Regione autonoma Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste sul medesimo piano delle Regioni a statuto ordinario», dal momento che peraltro presentano carattere recessivo rispetto alla “profilassi internazionale” anche le ulteriori specifiche competenze regionali eventualmente invocabili per giustificare questa o quella norma introdotta dalla l.r. n. 11/2020.

2. Il contrasto alla pandemia spetta allo Stato: la lettura espansiva della profilassi internazionale

Come già accennato, nell’ampia motivazione della sent. n. 37/2021 si afferma senza esitazioni che gli interventi volti ad affrontare un’emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale (come quella da Covid-19 dichiarata dall’OMS il 30 gennaio 2020) ricadono nell’ambito della “profilassi internazionale”: materia che l’art. 117, comma 2, lett. *q*, Cost. assegna in via esclusiva alla legislazione statale e che deve ritenersi «comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla». Osserva a tale riguardo la Corte, riprendendo alcuni

² Per l’estensione della competenza concorrente in materia di “tutela della salute” alle Regioni speciali, v. R. BALDUZZI, D. PARIS, *La specialità che c’è, ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2018, pp. 155 ss.

spunti già presenti in sue precedenti pronunce espressamente richiamate (in particolare, le sentt. nn. 12/2004, 406/2005, 173/2014, 270/2016 e 5/2018), che a tale competenza statale devono ricondursi le norme che garantiscano «uniformità, anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale». Ne consegue che «ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno».

Nella sentenza si ha anche cura di specificare che la “profilassi internazionale” è da qualificare come vera e propria materia-oggetto, dotata quindi di un suo perimetro contenutistico «che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»; sarebbe pertanto inesatto, nell'ottica della pronuncia, tentare di inquadrarla quale “materia trasversale” al fine di consentire una sorta di “convivenza” tra tale competenza statale e l'esercizio della funzione legislativa della Regione nelle altre materie rimesse alla sua potestà.

Per il Giudice delle leggi, in sostanza, vi sono ragioni oggettive, logiche prima ancora che giuridiche o costituzionali, che spiegano perché l'autonomia regionale debba risultare recessiva. L'elevata diffusività che caratterizza la pandemia in atto e il carattere altamente contagioso della malattia sono fattori che giustificano l'esigenza di una disciplina statale, sottraendo ai legislatori regionali scelte potenzialmente idonee a ricostituire la catena del contagio su scala territoriale locale e per questa via, inevitabilmente, a rifletterla sul livello nazionale e poi internazionale.

In questo punto, in verità, l'argomentazione della pronuncia giunge a saldare lo specifico profilo della profilassi internazionale con l'esigenza (considerata radicata nell'ordinamento costituzionale) «di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività». La congiunzione della profilassi internazionale con la tutela unitaria del diritto alla salute diventa per la Corte un ariete in grado di abbattere le recinzioni dietro le quali si colloca l'autonomia delle Regioni.

In definitiva, secondo la sent. n. 37/2021 la gestione di una crisi pandemica legittima il legislatore statale, sulla base di un suo «non irragionevole apprezzamento», a valutare quali siano i profili per i quali appaia «inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni». È quanto dire che l'emergenza sanitaria, come consente al legislatore statale di limitare l'ordinario godimento di alcuni diritti di libertà dei cittadini, allo stesso modo gli permette di contrarre o mettere tra parentesi gli spazi di autonomia (normativa e non solo normativa) ordinariamente assegnati dalla Costituzione agli enti regionali.

3. L'interpretazione della materia: la trasversalità negata e l'eclissi della leale collaborazione

Le argomentazioni svolte dalla Corte per sostenere l'accentramento delle decisioni normative idonee a contrastare la pandemia da Covid-19 sollevano alcuni interrogativi che non paiono trascurabili dal punto di vista delle competenze statali e regionali. È vero che l'emergenza sanitaria ha imposto, in fatto, interventi straordinari che pongono sotto stress l'ordinario assetto dei poteri territoriali, sollecitando l'utilizzo di strumenti idonei a garantire la centralizzazione degli interventi contro la diffusione del contagio³. E tuttavia, e nonostante tale consapevolezza, non può farsi a meno di notare che la Corte, in alcuni passaggi nodali della decisione, ha seguito un percorso argomentativo che desta talune perplessità e pone domande non marginali per le prospettive del nostro assetto regionale.

Il primo interrogativo riguarda l'individuazione del titolo competenziale coinvolto dalla disciplina regionale censurata e l'interpretazione della materia "profilassi internazionale". La profilassi internazionale è davvero una "materia-oggetto" priva di trasversalità – come afferma la Corte – in grado di attrarre a sé ogni intervento legislativo finalizzato a fronteggiare l'emergenza, senza alcuna forma di "compensazione" della competenza regionale che risulti, in concreto, di volta in volta messa da parte? Senza attivare cioè quelle forme di coinvolgimento rispondenti al principio di leale collaborazione che in tante altre occasioni la giurisprudenza costituzionale ha imposto al legislatore statale?⁴

Richiamando la propria giurisprudenza, come già accennato, la Corte ribadisce che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscono «uniformità, anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale». E rimarca l'ovvietà della seguente affermazione: «ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali,

³ Sull'impatto dell'emergenza pandemica nei rapporti tra lo Stato e le Regioni v. U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, pp. 537 ss., nonché, nell'ambito di un dibattito molto articolato ed esteso, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, pp. 333 ss., M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, pp. 79 ss., nonché l'editoriale di L. VIOLINI, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 5/2020, pp. 1009 ss.

⁴ In tal senso, con condivisibili notazioni critiche, v. da ultimo L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, pp. 1 ss., spec. 16 ss.

coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno».

Ora – tralasciando ogni verifica sulla sussistenza o meno di un vero “programma” elaborato in sede internazionale o sovranazionale – a non convincere è l’automatismo che traspare dall’affermazione della Corte, per il quale ogni intervento volto ad intensificare o ad alleggerire le misure anti-Covid dovrebbe necessariamente ridondare nell’esportazione del virus oltre confine. Una cosa è infatti richiamare la sussistenza di una responsabilità internazionale dello Stato nell’evitare la diffusione del contagio, o constatare la facile trasmissibilità internazionale della malattia; altra cosa è asserire che per scongiurare le potenziali ed eventuali ricadute al di là delle frontiere l’unico possibile livello di intervento sia quello statale.

Per altro verso, meraviglia che la Corte abbia voluto espressamente smentire la natura “trasversale” della profilassi internazionale mentre – al contempo – ne andava accogliendo una descrizione in termini finalistici. Nell’affermare che la profilassi internazionale deve ritenersi “comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”, si sta evidentemente riconoscendo che la stessa, lungi dall’assumere i caratteri di una materia-oggetto, debba ricostruirsi come competenza finalistica dello Stato idonea ad attraversare una pluralità di ambiti materiali. Ciò che rileva, infatti, è il fine da raggiungere (contrasto e prevenzione dell’epidemia), non il settore o la natura degli interventi ad essa riconducibili. Ma se così è, ciò che preoccupa nell’approccio della Corte è l’assoluta carenza di considerazioni sull’attivazione di procedure collaborative in grado di compensare l’inevitabile *deminutio* subita dall’autonomia regionale in plurimi ambiti materiali (a meno che non si abbia l’arditezza di considerare soddisfacente, a tale scopo, la previsione di pareri espressi dai Presidenti regionali o dal Presidente della Conferenza delle regioni in sede di approvazione dei dPCM cui la stessa pronuncia fa riferimento)⁵.

⁵ V. il punto 12 delle considerazioni in diritto dove si richiama il «percorso di leale collaborazione con il sistema regionale» attivato dall’art. 2 del d.l. n. 19/2020, qualificando tale «soluzione normativa consona sia all’ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall’art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche». Sulla crisi del principio di leale collaborazione nella definizione delle misure di contrasto alla pandemia v. E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 501 ss., e G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 183 ss.

4. **Profilassi internazionale inclusiva dell'approccio terapeutico: e la tutela della salute?**

Vi è poi un ulteriore interrogativo generato dalle argomentazioni sviluppate nella sentenza in esame e concernente il rapporto tra la profilassi internazionale e la materia "tutela della salute", affidata alla legislazione concorrente *ex art.* 117, comma 3, non solo dal punto di vista dell'organizzazione sanitaria ma anche in relazione all'impatto delle misure di contrasto alla pandemia sul godimento del diritto alla salute. Si tratta di questioni di non facile soluzione che attraversano, da sempre, questo specifico ambito materiale e che chiamano in causa il rapporto tra discrezionalità legislativa (di *tutti* i legislatori, statale e regionali), autonomia e responsabilità del medico, appropriatezza terapeutica.

La domanda che nasce dalla lettura di alcuni passaggi della pronuncia può così sintetizzarsi: la gestione della crisi pandemica, che può condurre a preferire un intervento unitario a livello nazionale, scongiurando il frazionamento delle misure a livello regionale o locale, può davvero riguardare tutto ciò che sia ritenuto coesistente alla finalità di contrastare la diffusione e il contagio fino a toccare, come afferma la Corte, anche «l'approccio terapeutico»? In altre parole, e più specificamente, che ne resta dell'appropriatezza delle scelte terapeutiche attribuite, da una pluriennale e consolidata giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, all'autonomia ed alla responsabilità del medico sulla base dei risultati delle evidenze scientifiche sperimentali?

A partire dalla sentenza n. 282/2002, infatti, a fronte del novellato assetto competenziale derivante dalla revisione del Titolo V, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che «non è, *di norma*, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», giacché il ruolo principale spetta invece al medico, il quale nella sua autonomia e responsabilità, «sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» e sulle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione». Ora, è evidente che tale affermazione non significa interdire qualunque intervento al legislatore e tantomeno estrometterlo in una condizione di emergenza pandemica. E tuttavia non vi è dubbio che l'eventuale intervento legislativo non potrà essere il frutto di «valutazioni di pura discrezionalità politica» nemmeno – e soprattutto, direi – in un contesto emergenziale nel quale ci si trovi a fronteggiare la diffusione di un virus che sfugge alle consolidate acquisizioni sperimentali: la discrezionalità del legislatore (come ribadito nella sent. n. 5/2018 in tema di vaccinazioni obbligatorie) dovrà anche in questo caso «essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed

epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica»⁶.

Ma vi è infine da chiedersi, a tale riguardo: l'approccio terapeutico alla pandemia può davvero ricondursi alla profilassi internazionale o non concerne piuttosto, e direttamente, l'ambito della tutela della salute? Un ambito, cioè, che non estromette il legislatore statale ma lo contiene all'interno di una logica di principi volti ad indirizzare scelte normative radicate, come appena accennato, nelle indicazioni elaborate con tanta difficoltà dalla ricerca scientifica in questi mesi di reazione al Covid-19. E ancora: le strutture sanitarie regionali possono davvero configurarsi, in presenza di una crisi emergenziale, solo come un mero mezzo al quale la legislazione statale è autorizzata a imporre «criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi» a fini profilattici (così si legge in un altro passaggio della sentenza) come se si trattasse di autorità periferiche delle amministrazioni centrali? Scavalcare sempre e comunque l'autonomia dei sistemi sanitari regionali, che certamente appare una scelta doverosa nei casi di inadeguatezza nella gestione della crisi pandemica, non rischia di inibire anche le ipotesi in cui può realizzarsi una proficua sinergia con le strutture responsabili di tutelare gli "altri pezzi" del diritto alla salute, vale a dire quelli che attengono all'ordinarietà dell'organizzazione sanitaria e dell'erogazione dei relativi servizi?

5. Conclusioni

Avanzare questa serie di interrogativi non significa in alcun modo negare la difficoltà della situazione che i singoli e la collettività (e quindi le istituzioni) si trovano a dover fronteggiare. Né significa negare l'importanza, se non l'indispensabilità, di approcci normativi e amministrativi unitari, considerate le pesanti ricadute che derivano dall'emergenza pandemica sull'eguaglianza nel godimento dei diritti individuali, *in primis* quello alla salute. Ribadire tutto ciò, in ogni caso, non può esimere dal valutare come e quanto la risposta normativa, pur stimolata da pressanti necessità, si accordi con il quadro costituzionale in tema di riparto di competenze e di ruolo dei diversi enti territoriali. Per quanto si possa essere tentati dal cedere alla semplificazione del *necessitas facit legem*, lo sforzo deve invece essere quello di vagliare alla luce dei canoni valutativi offerti dal sistema ciò che viene normativamente prodotto sotto l'imperio dell'emergenza.

Da questo punto di vista, la tassatività con cui la Corte afferma il carattere "assorbente" della competenza statale in materia di profilassi internazionale appare pienamente (e forse eccessivamente) aderente rispetto al punto di vista

⁶ Sul rapporto tra discrezionalità legislativa e risultati della ricerca scientifica in ambito medico v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.

dello Stato. In altri termini, l'avallo giurisprudenziale della integrale estromissione del ruolo normativo regionale, in questo frangente, sembra anch'esso dettato da ragioni di emergenza, al pari di quelle che si pongono alla base della legislazione statale, e restituisce solo in parte la complessità (o, se si vuole, la problematicità) dell'assetto costituzionale in tema di distribuzione delle competenze. Non è peraltro da escludere che, dopo queste prima risposte che mirano a serrare i ranghi, la stessa Corte possa in un futuro prossimo sentire l'esigenza di adottare, in ordine a tali questioni, approcci ricostruttivi che valorizzino maggiormente il necessario contemperamento dei valori dell'unità e dell'autonomia: contemperamento cui, del resto, non si può rinunciare senza contestualmente rinunciare alla scelta regionalista operata sul piano costituzionale.

Il XXV emendamento: problematiche applicative di una clausola “insolita”

MARIA CHIARA ERRIGO*

Sommario

1. Alla “base” del XXV emendamento. – 2. *Capitol Hill riots* e il XXV emendamento. – 3. Il concetto di “inabilità” presidenziale. Alcune problematiche.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

M.C. ERRIGO, *Il XXV emendamento: problematiche applicative di una clausola “insolita”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università degli studi di Parma.
Indirizzo mail: mariachiara.errigo@unipr.it.

1. Alla “base” del XXV emendamento

Ratificato solo nel 1967 e rubricato *Presidential Disability and Succession*, il XXV emendamento nasce nell'intento di fissare da un punto di vista costituzionale le procedure da attuare in caso di “incapacità” (ma anche di morte o di dimissioni) del Presidente degli Stati Uniti, individuando nella persona del Vicepresidente il suo successore, precisandone le funzioni ed evitando, in questo modo, il prodursi di pericolosi “vuoti” di potere¹. Infatti, malgrado le ipotesi di “*death, resignation, inability*” fossero già contemplate all'art. 2, *section 1, Clause 6* della Costituzione americana², non era stato ben specificato quali potessero essere le funzioni esercitabili dal Vicepresidente, né attraverso quali modalità sarebbe dovuta avvenire la relativa “sostituzione”. Diversi “episodi” della storia costituzionale americana hanno portato a riflettere sulla esigenza concreta di inserire specifiche previsioni che potessero “risolvere” le possibili “incertezze” politico-istituzionali, a fronte di una eventuale drammatica situazione di “inabilità” del Presidente in carica. In particolare, si pensi allo stato di disabilità provocato da alcune situazioni patologiche, che, in misura più o meno grave, hanno determinato, in vari casi, considerevoli difficoltà nell'esercizio delle funzioni presidenziali: fra i più noti, devono essere ricordati il caso del Presidente Wilson che, colpito da un grave ictus, non venne comunque mai formalmente destituito dal suo ufficio, rimanendo “lontano” dalla vita pubblica ed esercitando le proprie funzioni attraverso la moglie e altri membri del Governo; il caso del Presidente Eisenhower, il quale, durante il primo mandato, dovette affrontare diverse problematiche di salute, che lo “bloccarono” almeno temporaneamente. Infine, lo stesso assassinio del Presidente Kennedy rappresentò la tragica occasione per evidenziare ulteriormente la necessità di fissare le “coordinate” costituzionali in merito alla

¹ Sul punto, si veda anche G. DELLEDONNE, *Potenzialità e limiti del XXV emendamento*, in *DPCE online*, 4 febbraio 2021.

² Occorre fin da subito specificare che dall'interpretazione della disposizione citata deve dedursi che i termini “*inability*” e “*disability*”, entrambi richiamati all'interno dell'art. 2, siano da considerarsi interscambiabili, cfr. J.D. FEERICK, *From Failing Hands: The Story of Presidential Succession*, Fordham University Press, New York, 1965, p. 49 “*The “absence” contingency was probably dropped because the Committee felt that it was included in “inability.” The words “inability” and “disability” appear to have been used interchangeably. The definitions of these words in Dr. Samuel Johnson's famous Dictionary of 1755 suggest that “disability” was more restrictive in the situations it covered than “inability.” “Disability” was defined as “want of power to do anything.” “Inability” was defined as “want of power”.* Sullo stesso punto, e in generale per una riflessione sulla tormentata “transizione” americana, si veda P. MAGARÒ, *L'elezione del 46° presidente degli Stati Uniti: luci e ombre di un “momentous event” nella storia della democrazia americana*, in *ConsultaOnline*, 1, 2021.

questione della successione presidenziale, definendo la posizione del Vicepresidente, nonché le specifiche procedure da adottare in questa eventualità³.

In tal senso, il XXV emendamento, alla sezione 3, prevede che lo stesso Presidente possa scegliere volontariamente di inviare apposita dichiarazione scritta al Congresso (più precisamente al Presidente pro tempore del Senato e alla *Speaker* della *House of Representatives*), affermando il proprio stato di inabilità e trasferendo, conseguentemente, i relativi poteri in capo al Vicepresidente, fino a nuove indicazioni. Tale disposizione risulta essere già stata applicata in passato, sia nel caso di George W. Bush, sia nel caso di Ronald Reagan, prima di sottoporsi a determinati interventi chirurgici.

Diverso, e certamente più “delicato”, appare lo scenario che viene delineato nella sezione 4, in base al quale è possibile che sia il Vicepresidente, unitamente alla maggioranza del Governo⁴, ad attivare tale procedura, comunicando al

³ Sul punto, si veda J.D. FEERICK, *The problem of presidential inability - will Congress ever solve it?*, in *Fordham Law Review*, vol. 32, 1, 1963, pp. 74 ss e 90 ss. Problematiche in ordine alla inabilità del Presidente e alla sua successione sono risalenti; già con Harrison nel 1792 e con Garfield nel 1881 comincia ad emergere la necessità di individuare le modalità di condurre il trasferimento dei poteri presidenziali in caso di morte o di incapacità del Presidente in carica. Nel primo caso, infatti, Tyler, in qualità di Vicepresidente si sostituisce ad Harrison, in seguito alla sua morte avvenuta nel corso del mandato presidenziale; mentre Garfield, vittima di un tentativo di omicidio e rimasto gravemente ferito a seguito della vicenda, non fu destituito dalle sue funzioni, che furono “trasferite” in capo al Vicepresidente Arthur soltanto a seguito della morte del primo nel settembre del 1881.

⁴ Con riguardo ai soggetti che possono attivare la procedura prevista alla sezione 4, il testo del XXV emendamento prevede che “*Whenever the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive departments or such other body as Congress law provide [...]*”. Il gruppo che può fare una prima valutazione circa lo stato di capacità del Presidente in carica risulta composto, dunque, proprio dal Vicepresidente e dai cosiddetti “*principal officers of executive departmens*”, i quali non coincidono necessariamente con “*the President’s Cabinet*”. Sul punto, infatti, l’articolo non è particolarmente chiaro; tuttavia, sulla base delle considerazioni mosse nel corso della stesura e della approvazione della disposizione in esame, i “*principal officers*” devono essere individuati nei dipartimenti indicati nel 5 U.S. C. § 101, che, a partire da febbraio 2018, sono diventati 15: “*The Executive departments are: The Department of State; The Department of the Treasury; The Department of Defense; The Department of Justice; The Department of the Interior; The Department of Agriculture; The Department of Commerce; The Department of Labor; The Department of Health and Human Services; The Department of Housing and Urban Development; The Department of Transportation; The Department of Energy; The Department of Education; The Department of Veterans Affairs; The Department of Homeland Security*”. Sul punto, più approfonditamente, YALE LAW SCHOOL RULE OF LAW

Congresso lo stato di “*inability*” del Presidente in carica e assumendo, in questo modo, le funzioni presidenziali (è stato espressamente chiarito come il Vicepresidente eserciti poteri “pieni”, quale vero e proprio “*Acting President*”). Lo stato di inabilità del Presidente verrebbe meno solo tramite l’invio di apposita dichiarazione da parte dello stesso e sempre che il Vicepresidente e la maggioranza del Governo non si oppongano. In tal caso, tuttavia, la decisione è rimessa al Congresso, che deve pronunciarsi con una maggioranza dei due terzi in entrambe le Camere, entro 21 giorni dalla presentazione della opposizione.

2. *Capitol Hill riots* e il XXV emendamento

La *section 4* non è ancora mai stata applicata; la sua “attivazione”, infatti, rappresenta una eventualità estrema e comporta il delinarsi di un quadro emergenziale grave, tale da creare un “trasferimento” dei poteri e la sostituzione (almeno temporanea) del Presidente in carica. La prospettiva di applicazione della sezione 4 del XXV emendamento si è aperta di recente a seguito della “invasione” del Campidoglio nella giornata del 6 gennaio e soprattutto a fronte degli atteggiamenti piuttosto “sconcertanti” tenuti dal Presidente Donald Trump (in carica fino al 19 gennaio 2021), il quale, oltre a contestare i risultati delle ultime elezioni e a non riconoscere la vittoria a favore di Joe Biden, ha (almeno inizialmente) incentivato le azioni di protesta, mostrando sostegno ai “manifestanti”. Proprio tali comportamenti del Presidente americano uscente hanno scaturito sentimenti di generale incredulità, turbamento e rabbia; unitamente ai fatti gravissimi che hanno visto un vero e proprio attacco a *Capitol Hill*, le parole di Donald Trump hanno finito per creare uno “strappo” definitivo anche tra le fila politiche americane, portando molti (tra cui la *Speaker* della *House of Representatives*, ma anche alcuni degli stessi repubblicani) a chiedere fin da subito la rimozione del Presidente in carica, richiamando da una parte l’azione di impeachment, dall’altra l’attivazione della procedura prevista dalla sezione 4 del XXV emendamento.

La scelta è inizialmente ricaduta sulla seconda “opzione”, in quanto ritenuta una via più veloce, volta a rimuovere Trump dalla carica prima della inaugurazione della nuova presidenza Biden piuttosto ravvicinata nel tempo. Infatti, in base alla procedura considerata, la sua sostituzione sarebbe stata immediata con il conseguente trasferimento dei poteri in capo al Vicepresidente e, in caso di successiva decisione del Congresso (che si rende necessaria tutte le volte in cui vi sia un contrasto fra le posizioni del Vicepresidente e della maggioranza del Governo, da una parte, e quella del Presidente, dall’altra), sarebbe bastato

CLINIC, *Yale’s Reader’s Guide to the 25th Amendment*, Yale Law School, New Haven, 2018, pp. 10 ss.

“dilatare” le tempistiche della votazione per far scadere il mandato di Trump ed evitare, in questo modo, una eventuale “reintegrazione” nelle funzioni presidenziali.

In realtà, sebbene la *House of Representatives* abbia approvato, nei giorni immediatamente successivi, una risoluzione attraverso la quale invitava il Vicepresidente Mike Pence ad applicare il XXV emendamento, tale procedimento è stato bloccato prima ancora di avere inizio: il Vicepresidente, attraverso apposita lettera alla *House of Representatives* e anticipando l’approvazione della stessa risoluzione, ha reso chiaro che non avrebbe fatto ricorso a tale procedura, ritenendo che non fosse nell’interesse della Nazione, né in linea con la Costituzione e ponendo l’accento sull’importanza di ricondurre il dibattito politico ad un senso di unità e di riconciliazione. Merita sottolineare, inoltre, che, nella medesima lettera, Pence ha anche ricordato la proposta da parte della *Speaker* Nancy Pelosi (insieme al deputato Jamie Raskin), avanzata ad ottobre 2020, circa l’istituzione di una “*Commission on Presidential Capacity to Discharge the Powers and Duties of the Office*”, con una specifica expertise medica, volta a valutare lo stato di capacità del Presidente, e avvalorando una certa lettura “restrittiva” dell’emendamento, legata per lo più a problematiche di salute⁵. La proposta legislativa di ottobre nasceva a seguito del contagio da Covid 19 cui è risultato affetto anche il Presidente Trump, assunto quale pretesto per tentare di “trasferire” la valutazione sullo stato di capacità presidenziale ad un organismo, in un certo senso, più neutro, potenzialmente più oggettivo. Eppure, l’idea di istituire una commissione di tale entità era già stata oggetto di varie considerazioni nel tempo, senza mai incontrare, tuttavia, il favore dei “*framers*” dell’emendamento, sottolineando come fosse comunque possibile il verificarsi di “[...] *situations not involving medicine, such as a kidnapping or other circumstances which prevented a President from communicating with the White House, which would bring the amendment into play. [...] The amendment treats the subjects of presidential inability and vice-presidential vacancy practically, in a manner consistent with the important principle of separation of powers, and in a way that protects the office of President and assures stability and continuity in the event of succession [...]*”⁶.

In ogni caso, malgrado la proposta di legge citata non sia andata in porto, Pence ha colto l’occasione per richiamarla ed evidenziare qualche antinomia nella lettura del XXV emendamento, operata dalla *Speaker* della *House of Representatives*, rimarcando la tesi secondo cui esso non rappresenti la sede opportuna per una

⁵ H. R. 8548 (116th): *Commission on Presidential Capacity to discharge the powers and duties of the office Act*, testo disponibile all’indirizzo www.govtrack.us/congress/bills/116/hr8548/text.

⁶ J.D. FEERICK, *The Twenty-fifth amendment: an explanation and defense*, in *Wake forest law review*, vol. 30, 1995, pp. 482 e 503.

valutazione dei comportamenti di Trump, in quanto “[...] *the 25th amendment is not a means of punishment or usurpation*” e sottolineando come “*Invoking the 25th amendment in such a manner would set a terrible precedent [...]*”⁷.

3. Il concetto di “inabilità” presidenziale. Alcune problematiche

L’attivazione della sezione 4 del XXV emendamento presenta, in effetti, alcune problematiche intrinseche alla sua applicazione, a partire dallo stesso concetto di “*unable to discharge the powers and duties of his office*”, il cui significato non è mai stato specificato nel tempo, lasciando l’espressione nella sua vaghezza applicativa. Non è chiaro se essa faccia riferimento soltanto ad un problema di salute, che potrebbe essere di natura fisica o psichica, o se, invece, possa prospettarsi la sua applicazione in contesti diversi, nei quali il Presidente, pur in assenza di alcuna menomazione, risulti comunque non più in grado di adempiere al proprio ufficio.

La mancanza di alcuna definizione sembrerebbe essere proprio intenzionale, volta a creare uno standard “*flexible and context-dependent*”⁸, evitando forme di classificazione che rischierebbero di limitare l’utilizzo di questa procedura d’emergenza, creata per fronteggiare, appunto, scenari inaspettati e non facilmente sussumibili sotto una rigida enumerazione (pensata ad esempio anche per i casi di rapimento, scomparsa del Presidente, o comunque ipotesi straordinarie difficilmente prevedibili con esattezza nel futuro)⁹. Tuttavia, occorre comunque specificare che “*Section 4 is not a vehicle for separating the President from his powers and duties based solely on political disagreement, however intense it might be*”¹⁰.

L’eventuale applicazione della sezione 4 del XXV emendamento, in relazione ai recenti episodi che hanno riguardato Donald Trump, avrebbe effettivamente “certificato” una estensione del concetto di “*inability*” tale da ricomprendervi, non soltanto una menomazione fisica/psichica del soggetto, ma anche una idea di incapacità intesa in termini di “competenza” professionale del soggetto nell’adempimento del proprio ufficio. Intervenire attraverso la procedura del XXV emendamento avrebbe potuto segnare un precedente particolarmente

⁷ Il testo della lettera di Mike Pence è disponibile all’indirizzo www.edition.cnn.com/2021/01/12/politics/pence-letter/index.html.

⁸ YALE LAW SCHOOL RULE OF LAW CLINIC, *Yale’s Reader’s Guide to the 25th Amendment*, cit. Si vedano J.D. FEERICK, *The twenty-fifth amendment: its complete history and applications*, 1965, pp. 112 ss.; R.H. POFF, *Presidential Inability and the twenty-fifth amendment*, in *Student L. J.*, 1965, pp. 15-17.

⁹ J. D. FEERICK, *Presidential succession and inability: before and after the twenty-fifth amendment*, vol. 79, 3, 2010, p. 925; R. H. POFF, cit, p. 17.

¹⁰ YALE LAW SCHOOL RULE OF LAW CLINIC, *Yale’s Reader’s Guide to the 25th Amendment*, cit.

emblematico, anche proprio nella definizione del significato di “incapacità” presidenziale, aprendo ad un possibile futuro processo di “*slippery slope, opening the door for future actions against not-actually-impaired presidents posing less dire threats. [...]*”¹¹.

Più precisamente, come è stato sottolineato in dottrina¹², il concetto di “inability” indicato nella sezione 4 del XXV emendamento “*was distinct from inability in the sense of unfitness or unpopularity. [...] Also excluded from Section 4’s coverage was misuse of power; if a president trampled on the law or turned out to be corrupt, that was a matter for the impeachment process, not Section 4. [...] In other words, if a president is behaving abusively, impeachment is the way to handle it*”.

La difficoltà interpretativa rimane; essa risulta accentuata sicuramente anche dal carattere del tutto “inedito” della procedura considerata. Sulla base dell’incertezza del concetto di “inability” e del contesto applicativo del XXV emendamento, la via che si è scelta di percorrere è, alla fine, quella dell’impeachment e, forse, è sembrata anche la più appropriata, sia in termini di valutazione dei comportamenti di Trump, sia in una prospettiva per il futuro, in quanto insieme alla condanna per incitamento alla insurrezione, era stata richiesta anche l’interdizione dai pubblici uffici, nell’intento di evitare eventuali ricandidature da parte dell’ex Presidente¹³. In via generale, infatti, dopo l’eventuale approvazione dell’impeachment in Senato, se ne è stata fatta domanda in

¹¹ B. KALT, *What 25th amendment is really for?*, in *Lawfare*, 2 ottobre 2019, testo disponibile all’indirizzo www.lawfareblog.com/what-25th-amendment-really. Varie perplessità sull’applicazione del XXV emendamento sono evidenziate anche C. SUNSTEIN, *Does the 25th amendment apply to Trump? Quite possibly*, in *Bloomberg.com*, disponibile all’indirizzo www.bloomberg.com/opinion/articles/2021-01-07/does-the-25th-amendment-apply-to-trump-quite-possibly, il quale, tuttavia, sottolinea la gravità dei comportamenti di Trump, come “sconnessi” dal dato reale, affermando in modo provocatorio: “*Is he suffering from some impairment, even if a temporary one, that is making him unable to do his job? That’s the constitutional question. [...] On the basis of what happened yesterday, it’s no longer clear that the answer is “no.”*”

¹² B. KALT, *What 25th amendment is really for?*, cit. Si veda anche l’intervista al Prof. Michael McConnell della Stanford University, che ha sottolineato “*I personally am in no position to judge the President’s mental health, which would trigger the 25th Amendment, but there is no doubt that inciting a crowd to disrupt the certification of election results is an impeachable offense, and so also is pressuring state officials to override election results when proper forums for adjudicating those claims have rejected them*” (M. MCCONNELL, in Q&A S. DRISCOLL, *Stanford Law’s Michael McConnell on the 25th Amendment and Trump*, in *SLS Blog*, 7 gennaio 2021).

¹³ Con riguardo alla procedura di impeachment, si veda P. TORRETTA, A. D’ALOIA, *Le funzioni “non-legislative” del Congresso degli Stati Uniti*, in R. DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Le funzioni parlamentari non legislative*, Giuffrè, Milano, pp. 115 ss.

precedenza, può essere messa ai voti anche la cosiddetta “*disqualification*”, che sulla base del terzo comma del XIV emendamento, vieta a chi abbia partecipato ad una “*insurrection or rebellion*” di poter ricoprire cariche pubbliche o militari a livello federale e a livello statale¹⁴.

Lo schema di formulazione del XXV emendamento è stato progettato, in realtà, per “tutelare” la figura del Presidente e non per giudicarne i relativi comportamenti; sulla base della sezione 4, infatti, esso può essere invocato solo dal Vicepresidente e dalla maggioranza del Governo, ossia da soggetti estremamente vicini alla carica presidenziale, scongiurando, nella maggior parte dei casi, eventuali dissidi politici tali da sfociare (peraltro, erroneamente) nell’attivazione di tale procedura. Il XXV emendamento si pone, dunque, a garanzia della “continuità” presidenziale¹⁵, allo scopo di evitare che tale ufficio possa risultare, in qualche modo, “vacante” e, in un certo senso, anche a salvaguardia del Presidente in carica, che, in taluni casi, potrebbe trovarsi nell’impossibilità di esprimere la propria “*inability*”. Si tratta di una disposizione pensata per essere utilizzata raramente, volta a fare da “protocollo” in casi non particolarmente controversi (come ad esempio, nell’ipotesi di un problema legato alla salute del Presidente come uno stato di coma, o di incoscienza prolungato), ma anche per affrontare situazioni più complesse. Il carattere ambiguo rappresenta un “punto” di forza della disposizione, progettato per le imprevedibilità del futuro e per garantire, quindi, il proseguimento di una leadership presidenziale¹⁶.

Probabilmente, però, la “questione Trump” non poteva essere “risolta” all’interno degli schemi di tale disposizione; i comportamenti tenuti negli ultimi mesi e, da ultimo, i fatti violenti del 6 gennaio hanno segnato un processo di delegittimazione delle istituzioni e minato all’integrità del sistema democratico americano.

¹⁴ Il testo della sezione 3 del XIV emendamento recita in questo modo “*No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability*”. La richiesta di interdizione ai pubblici uffici indicata nella risoluzione della Camera si ricollega perfettamente al capo di imputazione “incitamento alla insurrezione” per il quale è stata attivata la procedura di impeachment.

¹⁵ Sul riferimento alla continuità presidenziale cfr. B. KALT, *What 25th amendment is really for?*, cit., J.K. GOLDSTEIN, *Talking Trump and the twenty-fifth amendment: correcting the record on section 4*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 21, 2018, pp. 104 ss e 149 ss.

¹⁶ J.K. GOLDSTEIN, cit., pp. 104 ss. e 149 ss.

Da questo punto di vista, la sede per valutare i comportamenti dell'ex Presidente Trump sembrerebbe essere stata più adeguatamente individuata proprio nell'istituto dell'*impeachment*, teoricamente pensato per episodi derivanti da “[...] *the misconduct of public men, or, in other words, from the abuse or violation of some public trust. [...] they relate chiefly to injuries done immediately to the society itself. The prosecution of them, for this reason, will seldom fail to agitate the passions of the whole community, and to divide it into parties more or less friendly or inimical to the accused*”¹⁷.

Sicuramente una procedura, attivata negli ultimi giorni prima della fine del mandato di Trump e arrivata al vaglio del Senato nel corso di una nuova presidenza, ha assunto un valore pressoché “simbolico” (ma non meno importante, rispetto a quanto è successo) e “inedito”, in quanto si è trattato della prima volta sia che un Presidente è stato messo sotto accusa due volte, sia che il giudizio di impeachment ha avuto luogo a mandato concluso. D'altra parte, anche i fatti del 6 gennaio hanno rappresentato qualcosa di “eccezionalmente grave”, che ha determinato una frattura profonda nel sistema democratico americano, evidenziando fragilità già presenti e accentuate da un clima di divisione sociale e politica, fomentata nel tempo dalla presidenza Trump. Nel testo finale della risoluzione della *House of Representatives* attraverso la quale è stato promosso l'impeachment dell'ex Presidente, è stato evidenziato come i suoi comportamenti fossero da considerarsi “*a threat of national security*”¹⁸, sottolineando, ancora una volta, un atteggiamento politico “pericoloso” per la società americana, che, oltre a sobillare violente azioni di protesta, ha ostacolato il processo di quella che avrebbe dovuto essere una pacifica transizione dei poteri.

La procedura di impeachment, terminata a febbraio 2021, ha visto l'“assoluzione” dell'ex Presidente; malgrado le “crepe” formatesi all'interno del partito repubblicano, la maggior parte dei senatori ha scelto di non condannare espressamente Trump, creando un “blocco” non superabile¹⁹. Se, infatti, il rifiuto di Mike Pence con riguardo all'attivazione della procedura del XXV emendamento aveva una sua coerenza anche nel rispetto delle finalità perseguite dalla norma richiamata, il voto contrario all'impeachment sembra essere meno giustificabile e

¹⁷ A. HAMILTON, *The Powers of the Senate continued*, in *The Federalist Papers*, 65, 1788; C. BOLOGNA, “Partitico” o “politico”? L'impeachment di Donald Trump e la polarizzazione del sistema politico americano, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, pp. 157-158.

¹⁸ H. Res. 24, *Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and mis-demeanors*, testo disponibile all'indirizzo www.congress.gov/117/bills/hres/24/BILLS-117hres24eh.pdf.

¹⁹ Il 13 febbraio 2021, il Senato ha votato l'assoluzione nel processo di impeachment contro Trump: soltanto 7 repubblicani si sono schierati contro l'ex Presidente, mentre per la condanna sarebbero stati necessari almeno 17 voti.

motivato più che altro da ragioni di carattere meramente politico. Varie importanti personalità del partito repubblicano, pur avendo inizialmente condannato le azioni di Trump, quale responsabile dei fatti di *Capitol Hill*, non sono però stati in grado di creare una rottura definitiva. La responsabilità dell'ex Presidente, in questo modo, rimane soltanto su un piano "morale" (non meno significativo, ma sicuramente meno stringente in termini di effettività della sua colpevolezza), con l'eventualità – almeno formalmente possibile – di ricandidarsi per le prossime elezioni o comunque influenzarle dall'interno.

La politica di Trump e la sua leadership spregiudicata hanno inevitabilmente influito sulle trasformazioni del partito repubblicano, creando una forte polarizzazione anche interna e determinando, in questo modo, l'eventuale stallo del funzionamento dei meccanismi di garanzia esistenti (quale, appunto, il giudizio di impeachment). Si è avviato una sorta di "processo involutivo" del *Grand Old Party*, che, se inizialmente restio alla "direzione" Trump, oggi si ritrova "assoggettato" alla sua influenza ideologica e politica. Si tratta di un elemento che non può non preoccupare; il ripiegamento del partito repubblicano sulla prospettiva populista²⁰, che ha caratterizzato questi ultimi anni, avrà inevitabilmente "effetti di sistema" nel senso di una più drastica polarizzazione del conflitto tra i due principali "soggetti" della politica americana, e questo non è un bene per la democrazia. Non sarà facile e gli scenari futuri risultano ancora particolarmente incerti²¹. Nonostante l'insediamento del nuovo Presidente, che fin da subito si è posto in una dimensione di discontinuità rispetto al passato, richiamando società e istituzioni ai valori della democrazia, dell'unità e della verità, allo stato attuale, gli equilibri politico-istituzionali appaiono piuttosto vulnerabili²², ancora alla ricerca di una loro possibile "stabilizzazione".

²⁰ Si veda la riflessione di G. ARAVANTINO LEONIDI, *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti e la tenuta della democrazia: dalle tenebre alla luce*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2020, pp. 9-10; in questo senso anche, *After the insurrection*, in *The Economist*, 9 gennaio 2021, disponibile al sito www.economist.com/united-states/2021/01/09/the-terrible-scenes-on-capitol-hill-illustrate-how-donald-trump-has-changed-his-party?frsc=dg%7Ce.

²¹ Il testo del discorso inaugurale del Presidente Joe Biden è disponibile all'indirizzo www.nytimes.com/2021/01/20/us/politics/biden-inauguration-speech-transcript.html, G. THRUSH, *President Biden's Full Inauguration Speech, Annotated*, in *The New York Times*, 20 gennaio 2021. Si veda anche A. MANGANARO, *Biden: «C'è molto da guarire». E smantella l'era Trump con 17 decreti presidenziali*, in *Il Sole 24 ore*, 21 gennaio 2021.

²² Sul punto, si veda il saggio di M. ROSENFELD, *Le presidenziali americane del 2020: una vittoria per i democratici, una minaccia per la democrazia*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2019, pp. 1039 ss.

Leggi regionali di interpretazione autentica, autonomie locali e deroghe al codice civile per le distanze tra gli edifici*

GIANMARIO DEMURO**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 23 giugno 2020.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0119s-20.html.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

G. DEMURO, *Leggi regionali di interpretazione autentica, autonomie locali e deroghe al codice civile per le distanze tra gli edifici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *Le Regioni*.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Cagliari.
Indirizzo mail: demuro@unica.it.

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 64¹ della legge della Regione Veneto 30 dicembre 2016, n. 30 (Collegato alla legge di stabilità regionale 2017), in riferimento agli artt. 3, 5, 114, secondo comma, 117, commi secondo, lettera l), e sesto, e 118 della Costituzione. Il giudizio trae origine da una denuncia di inizio attività presentata il 1° dicembre 2016 da V. C. e altri, titolari di diritti reali su un immobile residenziale nel Comune di Altavilla Vicentina, per l'ampliamento e la ristrutturazione dell'edificio con i benefici della legge della Regione Veneto 8 luglio 2009, n. 14 (Intervento regionale a sostegno del settore edilizio e per favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e modifiche alla legge regionale 12 luglio 2007, n. 16 in materia di barriere architettoniche), anche nota come legge veneta per il "piano casa". In particolare, la denuncia di inizio attività prospettava l'ampliamento dell'abitazione tramite fruizione del bonus edificatorio del 20 per cento e la contestuale ristrutturazione di un manufatto condonato, consistente in una baracca metallica, a ridosso del confine, onde dotare l'immobile di un'autorimessa più adatta alle condizioni di una dei titolari, anziana e invalida. La relazione tecnica allegata alla denuncia evidenziava come l'intervento avrebbe derogato alla distanza minima di cinque metri dal confine stabilita dalle norme tecniche operative del Piano degli interventi, deroga questa che veniva considerata legittima sulla base di un diritto vivente nella giurisprudenza amministrativa.

2. La legge reg. Veneto n. 30 del 2016 all'art. 64, interpreta il divieto di deroga riferendolo alle distanze stabilite da disposizioni statali e, nel contempo, prevedendo l'obbligo di riesame dei provvedimenti comunali emanati sulla base di una diversa interpretazione. La disposizione, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 9, comma 8, della legge della Regione Veneto 8 luglio 2009, n. 14 (Intervento regionale a sostegno del settore edilizio e per favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e modifiche alla legge regionale 12 luglio 2007, n. 16 in

¹ L'art. 64 della legge reg. Veneto n. 30 del 2016, oggetto di censura, stabilisce al comma 1: «[L]e norme di deroga alle previsioni dei regolamenti comunali e degli strumenti urbanistici e territoriali comunali, provinciali e regionali di cui all'articolo 2, comma 1, e di prevalenza sulle norme dei regolamenti degli enti locali e sulle norme tecniche dei piani e regolamenti urbanistici di cui all'articolo 6, comma 1, della legge regionale 8 luglio 2009, n. 14 "Intervento regionale a sostegno del settore edilizio e per favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e modifiche alla legge regionale 12 luglio 2007, n. 16 in materia di barriere architettoniche" e successive modificazioni, devono intendersi nel senso che esse consentono di derogare ai parametri edilizi di superficie, volume, altezza e distanza, anche dai confini, previsti dai regolamenti e dalle norme tecniche di attuazione di strumenti urbanistici e territoriali, fermo restando quanto previsto all'articolo 9, comma 8, della medesima legge regionale 8 luglio 2009, n. 14 con esclusivo riferimento a disposizioni di emanazione statale».

materia di barriere architettoniche), consente così la deroga delle distanze dal confine fissate dagli strumenti urbanistici e dai regolamenti comunali, in tal modo ledendo, da un lato, l'esclusiva potestà legislativa dello Stato nella materia dell'ordinamento civile, dall'altro, l'autonomia dei Comuni nella pianificazione del loro territorio e, infine, la parità di trattamento dei proprietari frontisti nell'esercizio dello *ius aedificandi*. Secondo il giudice *a quo* il legislatore regionale avrebbe inciso sulla materia *dell'ordinamento civile*, riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato dall'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., atteso che le norme edilizie locali, le quali prescrivono maggiori distanze dal confine rispetto alla distanza nelle costruzioni stabilita dall'art. 873 del codice civile, hanno carattere integrativo per gli effetti dell'art. 872, secondo comma, del medesimo codice; né la norma regionale impugnata potrebbe essere ricondotta al *governo del territorio*, materia di legislazione concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost., per non essere la deroga, che quella norma consente, inserita in uno strumento di conformazione dell'assetto complessivo e unitario di una determinata zona territoriale. Per altro verso, la censurata norma regionale violerebbe l'autonomia dei Comuni, affermata dagli artt. 5, 114, secondo comma, 117, sesto comma, e 118 Cost., «avendo esautorato i Comuni dal disciplinare in conformità con le specifiche esigenze di un ordinato sviluppo del proprio territorio ed in modo equo i rapporti tra i proprietari confinanti per una intera categoria di interventi edilizi [...]».

3. Il primo punto di interesse della sentenza della sentenza 119 del 2020 è relativo alla tipologia di giudizio che porta la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale. Viene sollevato, infatti, in via incidentale dal Tar Veneto e non dal Governo in via principale. Non è la prima volta che accade, ma in questo caso assume una valenza particolare perché questione dedotta davanti al giudice *a quo* attiene ad un "affidamento" diffuso che si era determinato nell'applicazione della legge e che il giudice ritiene sia in violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la derogabilità della distanza di cinque metri dal confine favorirebbe in modo sproporzionato il costruttore in prevenzione, imponendo al prevenuto di costruire in arretramento per osservare la distanza di dieci metri tra pareti finestrate prescritta dall'art. 9 del decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765).

4. Non è un caso che propongano la costituzione in giudizio sia l'Anci che l'Ance (costituzioni peraltro dichiarate inammissibili dalla Corte sulla scorta di una articolata distinzione tra terzi portatori di un interesse qualificato, enti esponenziali

e terzi parti di un processo effettuata il generale già dalla ord. 37/2020) per rappresentare una successione di leggi nel tempo che avrebbe favorito una attività edilizia in deroga nonché “migliaia di titoli apparentemente legittimi”. Pertanto, non essendo parti del processo *a quo*, né avendo un interesse qualificato, non si possono costituire; in ogni caso si pongono a difesa degli interessi diffusi di coloro che hanno fatto affidamento sulle procedure certificate dalla regione Veneto.

5. In questo contesto appare evidente che il giudizio in via incidentale abbia espresso tutte le potenzialità e la sua “fortuna” di “giudizio concreto” (*melius in concreto*) per la verifica di un “monitoraggio capillare e permanente della costituzionalità delle leggi”, affrontando una criticità costituzionale non apprezzata in sede di possibile impugnazione da parte del Governo:² qualificare le leggi interpretative regionali e stabilire che il cd. *piano casa* può derogare alle distanze stabilite delle norme comunali.

6. Il secondo profilo di interesse è dato dal profilo della sentenza che ribadisce i limiti della competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio. Il punto di attacco è, come spesso accade, la rassegna della giurisprudenza precedente: al punto 4.4 del considerato in diritto viene ricordata l’ammissibilità delle deroghe come “punto di equilibrio tra la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile ex art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. e la potestà legislativa concorrente della Regione in materia di governo del territorio ex art. 117, terzo comma, Cost., questa Corte ha messo in luce come alle Regioni non sia precluso fissare distanze in deroga a quelle stabilite nelle normative statali, purché la deroga sia giustificata dal perseguimento di interessi pubblici ancorati all’esigenza di omogenea conformazione dell’assetto urbanistico di una determinata zona, non potendo la deroga stessa riguardare singole costruzioni, individualmente ed isolatamente considerate”. La deroga è, dunque, ammissibile se è inserita in strumenti urbanistici che siano atti a dare un assetto unitario del territorio: “la deroga alla disciplina delle distanze realizzata dagli strumenti urbanistici è stata, in conclusione, ritenuta legittima sempre che faccia riferimento ad una pluralità di fabbricati (“gruppi di edifici”) e sia fondata su previsioni planovolumetriche, che evidenzino una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate

² Così M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, vol. V, p. 53. Sul punto cfr. G. REPETTO, *IL controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 40.

come fossero un edificio unitario”. Sono dunque le dimensioni spaziali a fungere da presupposto di fatto perché l’unità tra le due fonti del diritto, quella statale e quella regionale, quasi fosse un unico edificio, rappresenti l’equilibrio tra la competenza dello Stato in materia di ordinamento civile e quella regionale in materia di governo del territorio. Pertanto, se è vero che l’esigenza della unità territoriale nazionale può essere garantita dalla disciplina nazionale emanata in applicazione della suddetta competenza esclusiva; è, altresì vero, che la deroga viene ritenuta possibile perché le “discipline locali, che, per quanto integrative del codice civile, sono destinate ad operare in ristretti ambiti territoriali (punto 5 del considerato in diritto)”. L’equazione è la legge dello stato può garantire l’unitaria applicazione sul territorio nazionale delle distanze tra edifici, ma i regolamenti locali possono prevedere delle deroghe di adattamento territoriale e, pertanto, l’analisi del conflitto si sposta tra fonti normative regionali e fonti normative degli enti locali.

7. Descritti i profili di interesse passiamo ad esaminare se la decisione della Corte rispetta la proporzionalità e l’equilibrio tra le fonti normative, soprattutto nel rapporto tra la legge regionale e i regolamenti locali. La legge interpretativa regionale non impatta, secondo la Corte sulla “riserva statale” e, pertanto non incide sulla gerarchia della pianificazione paesaggistica e pianificazione urbanistica, assolutamente non modificabile dalla legislazione regionale sul piano casa³.

8. In assenza di violazione delle esigenze di unitaria eguaglianza sul territorio nazionale il punto di equilibrio si sposta nella dimensione degli interessi che possono essere valutati con i poteri normativi comunali. La riserva di legge statale opera così per garantire l’unità della disciplina, ma la suddetta unità non è obbligatoria laddove le autonomie possono derogare, integrando il Codice Civile, perché intervengono su esigenze territoriali limitate. La Corte scrive una regola che avrà una rilevanza anche in futuro “la norma regionale oggi in scrutinio – e si intende l’interpretazione autentica da essa recata – supera, dunque, la verifica di proporzionalità, in aderenza col principio di sussidiarietà verticale, poiché gli interventi in deroga che la norma stessa consente, da un lato, soddisfano interessi pubblici di dimensione sovracomunale e, dall’altro, per i già segnalati limiti quantitativi, qualitativi e temporali, non comprimono l’autonomia comunale oltre la soglia dell’adeguatezza e della necessità” (considerato in diritto 7.3). L’ordinamento civile non potrà più essere opposto ai regolamenti locali perché destinati a derogare non tanto le leggi statali ma gli stessi regolamenti comunali sulle distanze. Le deroghe al Codice civile non sussistono perché la norma

³ Cass. Pen. Sez. III. 10012020, n. 14242, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2020, p. 571.

regionale è ancor più conservativa. La norma è pertanto legittima sia guardando *verso* il livello di governo nazionale, sia *verso* quello locale.

9. Questa affermazione ci porta alla domanda di fondo su quali siano i confini *multilivello* tra le fonti del diritto in questa materia? In sintesi, ciò che emerge dalla sentenza in commento è l'identità territoriale conta nella pianificazione comunale perché sono gli "enti locali più vicini al territorio" e le Regioni possono prevedere deroghe "quantitativamente, qualitativamente e temporalmente circoscritte" (Punto 7.2 del Considerato in diritto) La decisione non è di poco conto perché nella giurisprudenza amministrativa si sosteneva la tesi secondo cui la disciplina introdotta con il Piano casa avrebbe sovvertito il corretto funzionamento della sussidiarietà verticale, "giacché la Regione invade il campo delle attribuzioni comunali in materia di governo del territorio riservato ai Comuni, con lesione del ruolo istituzionale che la Costituzione garantisce a questi ultimi"⁴. La deroga alla distanza dai confini conferisce la possibilità ai comuni sottrarsi al cd. piano casa. Il sacrificio è diventa così proporzionato.

10. Conclusioni queste che lasciano aperte una domanda di fondo che, verosimilmente, deve essersi posto anche il giudice relatore, evidentemente non concorde nella soluzione da dare al caso in quanto ha lasciato ad altro giudice la redazione della sentenza senza poter spiegare il suo dissenso.⁵ La sentenza accerta che le deroghe alle distanze sono proporzionate rispetto al territorio in cui si realizzano e sono accettabili per migliorare il contesto urbanistico, ma qual è il contesto urbanistico territoriale che può resistere alla differenziazione determinata dalla deroga alle distanze tra edifici per ragioni che attengono al *genius loci*?

⁴ U. BARELLI, *Un piano casa contro la pianificazione urbanistica*, in *Economia della cultura*, 1, 2010, p. 92.

⁵ M. D'AMICO, *The Italian Constitutional Court and the absence of dissent: criticisms and perspectives*, in N. ZANON, G. RAGONE (eds.), *The dissenting opinion. Selected essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 98.

Appunti costituzionali sul nuovo “Decreto Ministeri” del Governo Draghi*

DAVIDE DE LUNGO**

Sommario

1. Premessa. – 2. L’impiego della decretazione d’urgenza. – 3. Profili attinenti al riparto di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali. – 4. Osservazioni sul merito della disciplina.

Data della pubblicazione sul sito: 17 aprile 2021

Suggerimento di citazione

D. DE LUNGO, *Appunti costituzionali sul nuovo “Decreto Ministeri” del Governo Draghi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Lo scritto riprende e sviluppa l’intervento svolto in audizione innanzi alla I Commissione della Camera dei Deputati nella seduta del 17 marzo 2021.

** Ricercatore a t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell’Università telematica “San Raffaele” di Roma. Indirizzo mail: davide.delungo@uniroma5.it.

1. Premessa

In queste settimane è all'esame delle Camere il disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 1° marzo 2021, n. 22, recante disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri».

Il c.d. “Decreto Ministeri” – per quanto qui interessa – opera su quattro direttrici fondamentali: i) istituisce il Ministero del turismo, scorporando le funzioni in materia dal Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo per trasferirle a un nuovo e autonomo dicastero; di conseguenza, si modifica la denominazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo in Ministero della cultura; ii) viene istituito il Ministero della transizione ecologica, il quale sostituisce il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare accorpando le funzioni di esso con quelle del Ministero dello sviluppo economico in materia di politica energetica e mineraria; iii) viene mutata la denominazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili; iv) vengono riarticolate le attribuzioni della Presidenza del Consiglio in tema di transizione digitale e innovazione tecnologica.

L'intervento normativo chiama in causa una serie di profili costituzionali che è opportuno analizzare. Più in particolare, si soffermerà l'attenzione in primo luogo sull'impiego della decretazione d'urgenza; poi, sul tema del riparto di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali; infine, su alcuni aspetti attinenti al merito del decreto.

2. L'impiego della decretazione d'urgenza

Cominciando dalla scelta dello strumento, paiono sufficienti poche battute per evidenziare come l'impiego della decretazione d'urgenza non sollevi soverchi dubbi di costituzionalità. Come noto, la riserva di legge contenuta nell'articolo 95, comma 3, Cost., analogamente alle altre riserve che si trovano nella Carta, come una “riserva di atto” e non come una “riserva d'organo”: vale a dire che essa può essere assolta, in modo equipollente, sia da leggi formali adottate dal Parlamento, sia da atti aventi forza di legge del Governo¹.

¹ Può dirsi infatti pacifica la giurisprudenza costituzionale in argomento, secondo cui la parificazione alle leggi formali degli atti aventi forza di legge abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate: cfr. fra molte, per la particolare chiarezza e la diversa collocazione temporale, almeno le sentt. nn. 184 del 1974, 29 del 1995 e 10 del 2015. Anche in dottrina si registra una sostanziale omogeneità di vedute, pur evidenziandosi la non totale sovrapponibilità, almeno sul versante “garantista” del coinvolgimento delle opposizioni: per una panoramica complessiva, cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, vol. XL, pp. 1207 ss., spec. par. 5 e nt. 37. Per un'analisi dell'evoluzione dell'istituto della riserva di

Tale conclusione non è stata posta in discussione nella prassi: basti pensare, da un lato, alla circostanza che la disciplina generale dell'organizzazione e delle funzioni dei Ministeri è contenuta in un decreto legislativo, il n. 300 del 1999; dall'altro lato, al fatto che molti dei più recenti interventi di riorganizzazione sono stati disposti proprio con decreto-legge, quali, ad esempio, i decreti-legge nn. 86 del 2018, 104 del 2019, 1 del 2020. Peraltro, la riallocazione delle funzioni e delle dotazioni è assai frequente in concomitanza con l'insediamento di nuovi Governi, evidentemente intenzionati a preconstituire un'architettura istituzionale coerente con obiettivi e ambiti d'intervento del proprio indirizzo politico².

Non mi sembra neppure che possa contestarsi la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. Emerge, infatti, in modo abbastanza nitido come la riforma dei Ministeri sia volta a creare una certa simmetria fra articolazione dei dicasteri e missioni dei fondi di Next Generation EU, nella prospettiva impellente di implementare e attuare – entro le tempistiche dettate in sede europea – il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. La finalità in parola sembra soddisfare quanto

legge, cfr. da ultimo G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Giappichelli, Torino, 2019. Sul tema specifico dell'uso degli atti aventi forza di legge in materia di organizzazione dei governi cfr. già V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Art. 95*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 600; più di recente, E. LONGO, *La disciplina dell'organizzazione del governo italiano nelle ultime tre legislature*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2009, pp. 3 ss. e G. TARLI BARBIERI, *La riserva di legge in materia di organizzazione dei Ministeri: c'è qualcosa da ripensare?*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020.

² Prova ne sia, per restare agli esempi citati nel testo, che il decreto-legge n. 86 del 2018 è stato adottato il 12 luglio del 2018, a poco più di un mese dall'insediamento del Governo Conte-I; il decreto-legge n. 104 del 2019 è stato adottato il 21 settembre 2019, circa quindici giorni dopo la formazione del Governo Conte-II; il decreto-legge n. 22 del 2021 qui in esame è stato adottato il 1° marzo 2021, una ventina di giorni dopo la nomina del Governo Draghi. Tale fenomenologia, sebbene non priva di controindicazioni, appare – a chi scrive – del tutto fisiologica, in corrispondenza dell'elevato tasso di volatilità e mutevolezza che caratterizza i fattori politici alla base dell'organizzazione delle strutture dell'Esecutivo. Sul connotato di necessaria flessibilità e capacità di adeguamento all'emergere di interessi nuovi cfr. ancora V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Art. 95*, cit., p. 600; ma anche lo stesso L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986, vol. XIX, pp. 678-679, ed E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 12 – Seminario 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 66. Alla «stabile instabilità del numero e dell'organizzazione dei Ministeri» allude G. TARLI BARBIERI, *La riserva di legge*, cit., p. 3. Per M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifico, Napoli, 2016, p. 64, la politicità connessa alle scelte organizzative «se giustifica la presenza della riserva di legge, rende illusoria la pretesa di definire una volta per tutte numero e funzioni dei Ministeri».

prescritto dall’art. 77 Cost.³ Si segnala, a ogni modo, l’opportunità di valutare quanto osservato dal Comitato per la legislazione, in merito al numero dei provvedimenti attuativi richiesti⁴.

3. Profili attinenti al riparto di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali

Non si pongono particolari problemi neppure per quanto riguarda i profili relativi al riparto di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali, o ai congegni per declinare il principio di leale collaborazione.

Il decreto-legge in esame, in via generale, è espressione della competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lettera g), della Costituzione.

Con riferimento alle attribuzioni specifiche dei singoli Ministeri sussiste invece senz’altro – per utilizzare una formula coniata dalla giurisprudenza costituzionale⁵ – un «intreccio inestricabile» di competenze dei diversi livelli di Governo: penso, fra le molte, alle competenze esclusive dello Stato in materia di tutela della concorrenza, di rapporti internazionali e con l’UE, di tutela dell’ambiente e dei beni culturali; penso, poi, alle potestà concorrenti in materia di governo del territorio, energia e grandi reti di trasporto e navigazione; penso, infine, alla materia del turismo, qualificata come residuale in diverse pronunce della Consulta⁶.

³ Se non già con riferimento alle singole disposizioni, senz’altro rispetto all’atto del provvedere in sé. «A stretto rigore, anche i requisiti della necessità ed urgenza si riferiscono al provvedere e non (necessariamente) al contenuto del provvedimento»: cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. XI, pp. 844-845. Nello stesso senso si vedano pure, fra gli altri, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, p. 125; F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Diritto e società*, 1974, p. 524; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, vol. II, p. 707.

⁴ L’organo parlamentare, nel parere del 10 marzo 2021, ha evidenziato come dei 71 commi dell’articolato, ben 9 richiedono provvedimenti attuativi; si tratta in 6 casi di d.P.C.M. e in 3 casi di provvedimenti di altra natura (modifiche di statuti e approvazione di un piano per la transizione ecologica).

⁵ Cfr., fra le più recenti, le sentt. nn. 251 del 2016, 198 del 2018, 78 del 2020, 35 del 2021; il concetto, peraltro, appare già prefigurato nella sent. n. 303 del 2003.

⁶ La più nota delle quali è probabilmente la sent. n. 80 del 2012; sulla competenza in materia di turismo e, più in generale, sull’estensione e il contenuto delle altre competenze regionali rilevanti negli ambiti in questione, cfr. G. GUZZETTA, F.S. MARINI, D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, *passim*.

Anche sul versante delle funzioni amministrative, l'art. 118 Cost. prefigura un riparto che ben può coinvolgere lo Stato per le funzioni di programmazione e coordinamento, Regioni ed enti locali per l'attuazione.

Ebbene, da questo punto di vista mi sembra anzitutto di poter dire che il decreto-legge operi in una logica piuttosto conservativa dell'assetto esistente, realizzando uno spaccettamento di funzioni che per esplicita previsione – che si ritrova sia per il Ministero della transizione ecologica che per il Ministero del Turismo – non incide sul riparto vigente di competenze fra Stato e Regioni.

Ad ogni modo, il decreto prevede adeguate forme di raccordo, idonee ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione, che secondo la Corte costituzionale deve “governare” i casi d'intreccio fra materie.

In particolare, per quanto riguarda l'ambito del digitale è disposto un “raccordo organizzativo”⁷: alle riunioni del Comitato interministeriale per la transizione digitale, ove vi siano all'ordine del giorno materie che interessano le Regioni e le Province autonome, partecipano infatti il presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome o un presidente di Regione o di Provincia autonoma da lui delegato e, per i rispettivi ambiti di competenza, il presidente dell'ANCI e il presidente dell'UPI. Apprezzabile il coinvolgimento delle istanze rappresentative degli enti locali, che denota una certa sensibilità per il sistema delle autonomie complessivamente inteso.

Per quanto riguarda invece la transizione ecologica è previsto un raccordo di tipo procedimentale⁸: il Piano per la transizione ecologica, cioè la strategia complessiva definita dal Comitato interministeriale *ad hoc*, è infatti sottoposto al parere della Conferenza Unificata, anche qui con una pregevole considerazione delle istanze non solo delle Regioni ma anche degli enti locali. Giova precisare che l'opzione di contemplare l'acquisizione del parere trova un fondamento anche nella recente sentenza n. 78 del 2018, in cui la Corte ha censurato il mancato coinvolgimento decisionale delle Regioni in relazione all'approvazione del Piano strategico nazionale della mobilità sostenibile e all'emanazione del decreto ministeriale attuativo.

In definitiva, entrambi i raccordi – sia per il digitale che per la transizione ecologica – appaiono consoni al numero e all'intensità delle competenze statali e regionali coinvolte. Opportuna sarebbe, forse, la partecipazione ai due Comitati del Ministro per gli affari regionali, in virtù della funzione istituzionale di diaframma fra Stato e autonomie che questo svolge. Da valutare, inoltre, le linee di riforma che lo statuto dell'Agenzia nazionale del turismo dovrà seguire, per

⁷ Attingendo al lessico di A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 355 ss.

⁸ La formula è ancora di A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., pp. 355 ss.

assicurare l’adeguato coinvolgimento delle Regioni e degli enti locali. Va infine considerata l’opportunità di assicurare la partecipazione stabile ai tavoli anche al Ministro per il Sud e la coesione territoriale, coinvolto sotto plurimi profili, specie in vista dell’implementazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e della qualifica di “priorità trasversale” in esso attribuita al Mezzogiorno.

4. Osservazioni sul merito della disciplina

Venendo, infine, al merito dell’atto normativo, vorrei soffermarmi su tre aspetti.

Il primo aspetto riguarda il “modello” prescelto dal decreto in esame, che si muove nel solco delineato nella prassi: spaccettamento di funzioni fra Ministeri e passaggio delle relative dotazioni finanziarie e di organico; avvalimento degli uffici in via transitoria fra struttura entrante e struttura uscente; l’utilizzo del d.P.C.M. per la disciplina attuativa dell’organizzazione. Con riguardo all’impiego dei d.P.C.M., mentre questo appare lo strumento fisiologico per l’organizzazione interna alle strutture della Presidenza del Consiglio, qualche perplessità in più si pone – come evidenziato anche dal Comitato per la legislazione⁹ – rispetto all’organizzazione degli altri Ministeri. In particolare, la “regola generale” posta in tema dall’art. 17, comma 4-*bis*, della legge n. 400 del 1988 è quella d’impiegare regolamenti delegificati¹⁰. Tale regola, sebbene pacificamente derogabile (e anzi,

⁹ Cfr. il già citato parere del 10 marzo 2021, dove si legge: «il Comitato ribadisce che il DPCM risulta allo stato, nell’ordinamento, un atto atipico; pertanto un suo frequente utilizzo, mutuando peraltro procedure tipiche dell’adozione dei regolamenti, quali il concerto dei Ministri interessati, rischia di tradursi in un impiego non corretto delle fonti del diritto e in quel fenomeno che il Consiglio di Stato ha definito “fuga dal regolamento”, probabilmente indotta dalla complessità e dalla tempistica delle procedure per l’adozione di norme regolamentari; inoltre, l’articolo 10 prevede l’adozione, entro il 30 giugno 2021, dei regolamenti di organizzazione dei Ministeri con DPCM, con una deroga – che peraltro dovrebbe essere esplicitata – al procedimento ordinario stabilito dall’articolo 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988; tale ultimo procedimento prevede in questa materia l’emanazione di regolamenti governativi di delegificazione, adottati con DPR, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia; al riguardo si ricorda che da ultimo, in occasione dell’esame del decreto-legge n. 86 del 2018, che conteneva all’articolo 4-bis una disposizione di identico contenuto, il Comitato per la legislazione ha segnalato come la previsione non apparisse coerente con le esigenze di un appropriato utilizzo delle fonti normative, in quanto si demandava ad un atto come il DPCM, ordinariamente a contenuto politico, la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di una fonte secondaria del diritto e, segnatamente, di regolamenti emanati a norma dell’articolo 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988».

¹⁰ Sulla portata e la *ratio* di tale delegificazione cfr. almeno P. GIANGASPERO, *Le strutture di vertice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 217 ss.; N.

molto spesso derogata) da successive fonti primarie, risponde all'esigenza di rimettere la determinazione collegialmente al Consiglio dei Ministri, con il parere del Consiglio di Stato e il controllo in sede di emanazione da parte del Presidente della Repubblica. Il d.P.C.M. previsto dal decreto in esame, invece, deroga a questo schema, perché si rende facoltativo il parere del Consiglio di Stato e soprattutto si esclude l'intervento del Capo dello Stato, in quanto l'atto, sia pur previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e su proposta dei Ministri interessati, è adottato con decreto del Presidente del Consiglio e non con decreto del Presidente della Repubblica. Non è inutile rammentare che ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. ii) della legge n. 13 del 1991, tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri sono adottati con decreto del Presidente della Repubblica; benché si tratti, anche qui, di una disposizione derogabile, essa tuttavia è espressione di un principio generale, in base al quale gli atti imputabili al Governo nel suo complesso devono trovare sugello in atto presidenziale¹¹.

Un secondo aspetto, da passare rapidamente in rassegna, riguarda la eventuale violazione del divieto di ripristino delle norme abrogate per via referendaria: come noto, il Ministero del Turismo cessò di essere un dicastero autonomo in forza del referendum del 15 aprile 1993. In proposito, ritengo che questa eventuale obiezione sia superabile: infatti, pur ove si volessero ritenere sovrapponibili i principi ispiratori e i contenuti delle due normative, può senz'altro argomentarsi che si siano avverate le condizioni al cui verificarsi la Corte costituzionale pare considerare non illegittimo il ripristino, cioè il trascorso di un apprezzabile lasso di tempo e la sopravvenienza di mutamenti di fatto o di diritto idonei a giustificare la scelta del legislatore¹².

LUPU, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 224 ss.

¹¹ Per una panoramica complessiva sui d.P.C.M., e per ogni ulteriore riferimento bibliografico, cfr. volendo il mio D. DE LUNGO, *Nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Con riferimento all'impiego dei d.P.C.M. per l'organizzazione dei Ministeri cfr. E. CATELANI, *Gli atti di organizzazione dei Ministeri: la crisi della riforma?*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 278.

Sui temi e problemi specifici posti dall'impiego di tale strumento nell'emergenza Covid-19, cfr. almeno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 121 ss.; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 51 ss. e 73 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2020, pp. 519 ss.

¹² Cfr. sent. n. 199 del 2012, annotata, fra gli altri, da M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza n. 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni*

Infine, a mio avviso deve salutarsi con favore il trasferimento delle competenze relative al Fondo nazionale per l’infanzia e l’adolescenza, e dunque delle risorse connesse, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali alla Presidenza del Consiglio, e, al suo interno, al Ministro delegato per la famiglia ove nominato.

Tale trasferimento è coerente con l’attribuzione alla Presidenza del Consiglio delle funzioni di indirizzo e coordinamento in materia di politiche di infanzia e adolescenza: si ristabilisce così un più appropriato parallelismo fra poteri, funzioni e risorse. Ciò consente poi – profilo non secondario – di provvedere direttamente al finanziamento della Conferenza nazionale sull’infanzia e sull’adolescenza, la cui organizzazione e i relativi oneri sono attualmente già posti in carico al Dipartimento per le politiche della famiglia.

Costituzionali, 26 settembre 2012; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012; A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 gennaio 2013. Con il tema, prima della pronuncia in parola, si era diffusamente confrontato M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (fondato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005, pp. 661 ss., cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento. Da segnalare, peraltro, che – nel momento in cui si licenzia il presente lavoro – è in corso di esame al Senato l’A.S. 852, recante «Modifica dell’articolo 75 della Costituzione, concernente l’introduzione di un vincolo per il legislatore di rispettare la volontà popolare espressa con referendum abrogativo».

Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio? Il riparto di competenze in materia ambientale e i fanghi di depurazione delle acque reflue *

GIACOMO D'AMICO**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 88 del 20 aprile 2020.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0088s-20.html.

Sommario

1. Premessa. – 2. Le argomentazioni delle parti. – 3. La ricerca del «punto di equilibrio» tra esigenze di uniformità e competenze regionali. – 4. Il carattere “temporaneo” della normativa statale interposta come *passe-partout* per il suo utilizzo. – 5. Gli sviluppi giurisprudenziali e normativi più recenti in materia di fanghi di depurazione delle acque reflue.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

G. D'AMICO, *Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio? Il riparto di competenze in materia ambientale e i fanghi di depurazione delle acque reflue*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione nella rivista *Le Regioni*.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina.
Indirizzo mail: giacomo.damico@unime.it.

1. Premessa

Il giudizio di legittimità costituzionale definito con la sent. n. 88 del 2020, che qui si commenta, era stato promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri e aveva ad oggetto tre norme di una legge *omnibus* della Regione Basilicata (13 marzo 2019, n. 4), recante «Ulteriori disposizioni urgenti in vari settori d'intervento [...]». Stanti il variegato contenuto della legge e i plurimi motivi di censura, lo studio del ricorso¹ è stato assegnato a più relatori e deciso con separate pronunzie della Corte.

Specifico oggetto delle considerazioni che di qui a breve saranno svolte è solo una delle tre questioni decise: quella attinente all'art. 5 della legge reg. Basilicata n. 4 del 2019, relativa all'impiego in agricoltura dei fanghi di depurazione di acque reflue² e alla determinazione dei valori limite di concentrazione di idrocarburi e fenoli. Si tratta probabilmente della questione più problematica tra quelle promosse; non a caso, solo in relazione a tale norma la Regione ha svolto argomentazioni difensive (come risulta dal punto 3.3 del *Ritenuto in fatto*).

L'impugnativa verteva sulla presunta violazione della competenza legislativa statale in materia di tutela dell'ambiente, in relazione a quanto previsto dall'art. 41 del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze), c.d. decreto Genova, convertito, con modificazioni, nella legge 16 novembre 2018, n. 130.

La disposizione impugnata – poi dichiarata illegittima dalla Corte con la sentenza in esame – prevedeva che «[s]ul territorio della Regione Basilicata, nelle more di una revisione organica della normativa di settore, ai fini dell'utilizzo in agricoltura dei fanghi di cui all'art. 2, comma 1, lettera a), del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 99 vigono i limiti dell'Allegato IB del predetto decreto nonché, per la concentrazione di idrocarburi e fenoli, i valori limite sanciti dalla Tabella 1, all. 5, Titolo V, parte IV del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152».

In altre parole, il legislatore lucano aveva previsto che, ai fini dello spandimento dei fanghi di depurazione delle acque reflue in agricoltura, dovessero essere rispettati non solo i limiti di concentrazione dei metalli pesanti e degli altri parametri previsti dal d.lgs. n. 99 del 1992, ma anche i valori limite di «Concentrazione soglia di contaminazione» (C.S.C.) degli idrocarburi e dei fenoli nel suolo e nel sottosuolo stabiliti nel Codice dell'ambiente (Tabella 1, All. 5, Titolo V, parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006).

¹ Ricorso n. 60 del 2019, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^a serie speciale, 26 giugno 2019, n. 26, pp. 75 ss.

² Per un quadro aggiornato della normativa in materia di gestione delle acque reflue e dei fanghi si rinvia ad A. BORDIN, *Gestire le acque reflue e i fanghi nell'economia circolare*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 12/2020, pp. 937 ss.

La citata Tabella 1 è, appunto, contenuta nell'Allegato 5 al Titolo V («Bonifica di siti contaminati») della parte IV (recante «Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati») del Codice. Siffatta Tabella prevede i «valori di concentrazione limite accettabili» ai fini della bonifica dei siti contaminati, stabilendo soglie anche sensibilmente diverse a seconda della specifica destinazione d'uso dei siti da bonificare. In particolare, distingue tra «siti ad uso verde pubblico e privato e residenziale», per i quali i valori soglia sono più bassi, e «siti ad uso commerciale e industriale», per i quali gli stessi sono più alti³.

2. Le argomentazioni delle parti

Il Presidente del Consiglio dei ministri, impugnando l'art. 5 della legge reg. Basilicata n. 4 del 2019, aveva contestato al legislatore regionale lucano di aver esteso allo spandimento dei fanghi di depurazione delle acque reflue i valori, «ampiamente restrittivi», «elaborati in relazione ad una diversa tipologia di intervento» (quello, appunto, di bonifica). In sostanza, la norma impugnata avrebbe indebitamente accostato le *finalità di bonifica* (alle quali si collegherebbero i valori di cui alla Tabella 1 sopra indicata) alle *finalità di smaltimento dei rifiuti con spargimento in aree agricole*.

In proposito, il ricorrente aveva fatto notare come i valori degli idrocarburi accettabili nei fanghi di depurazione siano decisamente più elevati, dovendosi applicare l'art. 41 del c.d. decreto Genova, che nel giudizio in esame era richiamato come «parametro interposto statale». Tale disposizione, «[a] fine di superare situazioni di criticità nella gestione dei fanghi di depurazione» (finalità, questa, indicata già nella premessa del decreto-legge), ha, per un verso, ribadito la valenza dei limiti indicati nell'Allegato IB del d.lgs. n. 99 del 1992, ma, per altro verso, ha previsto un'eccezione per gli idrocarburi C10-C40, introducendo il valore limite di 1.000 mg/kg.

³ Al fine di rendere comprensibile il senso dell'intervento legislativo regionale, si riportano i valori di concentrazione (riportati in mg/kg) previsti nella citata Tabella 1 per gli idrocarburi: idrocarburi leggeri (C inferiore o uguale a 12), 10 per i «siti ad uso verde pubblico e privato e residenziale», 250 per i «siti ad uso commerciale e industriale»; idrocarburi pesanti (C superiore a 12), 50 per i «siti ad uso verde pubblico e privato e residenziale», 750 per i «siti ad uso commerciale e industriale».

Nell'Allegato 5 si precisa, inoltre, che «[p]er le sostanze non esplicitamente indicate in Tabella i valori di concentrazione limite accettabili sono ricavati adottando quelli indicati per la sostanza tossicologicamente più affine».

È evidente, dunque, come quest'ultimo limite sia decisamente più alto di quelli previsti dalla citata Tabella 1, Allegato 5, Titolo V, parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006⁴.

Il ricorrente aveva, altresì, evidenziato la gravità dell'effetto derivante dalla normativa lucana impugnata; infatti, l'abbassamento dei valori soglia tollerabili e la conseguente inutilizzabilità di fanghi, che abbiano concentrazioni di idrocarburi più elevate di questi valori, avrebbe prodotto la necessità di conferire in discarica o presso impianti di incenerimento o coincenerimento i fanghi di depurazione delle acque reflue.

Pertanto, a detta del ricorrente, la norma regionale avrebbe violato la competenza statale in materia di tutela dell'ambiente, dovendosi ritenere riservato allo Stato il compito di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale. Sarebbe, invece, rimessa alle Regioni la competenza «alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali».

La Regione Basilicata aveva replicato alle censure statali attraverso due ordini di argomentazioni, per un verso, sostenendo di poter prevedere livelli di tutela più elevata e, per altro verso, contestando la legittimità dell'art. 41 del d.l. n. 109 del 2018.

In particolare, la difesa regionale aveva sostenuto che il «radicale cambiamento del territorio [lucano], conseguente a un intenso sfruttamento della risorsa petrolifera», rendesse «doveroso attivare misure di maggior tutela dell'ambiente, della salute della popolazione, della salubrità del territorio, nonché della produzione agricola». Pertanto, il carattere trasversale della materia ambientale non le avrebbe impedito di adottare norme di tutela più elevata.

L'intervento normativo della Regione sarebbe stato poi ulteriormente legittimato dalla previsione dell'art. 6, comma 1, numero 2), del d.lgs. n. 99 del 1992, secondo cui le Regioni «stabiliscono ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento».

Quanto al secondo ordine di argomentazioni, la resistente aveva eccepito la non applicabilità dell'art. 41 del decreto Genova per contrasto con una direttiva europea (86/278/CEE del 12 giugno 1986) e con il principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, del Trattato di Amsterdam. In subordine, aveva chiesto che fosse sollevata, ai sensi dell'art. 267 TFUE, una questione pregiudiziale del citato art. 41 o «alternativamente» una questione di legittimità costituzionale di quest'ultima norma per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione

⁴ I valori soglia previsti dal Codice dell'ambiente per i siti (ad uso verde pubblico, privato e residenziale) da bonificare sono, infatti, pari a 1/100 (per gli idrocarburi leggeri) e a 1/20 (per gli idrocarburi pesanti) di quello previsto dal decreto Genova.

all'anzidetta direttiva e al principio di precauzione, e con l'art. 117, quarto comma, Cost., in relazione alla competenza regionale in materia di agricoltura.

Infine, nel *Ritenuto in fatto* della sent. n. 88 del 2020 si dà conto di un'ulteriore eccezione della difesa regionale, secondo cui l'art. 41, più volte citato, dovrebbe essere ritenuto in contrasto anche con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), qualora fosse inteso nel senso di precludere alla Regione di elevare i livelli di tutela della salute e dell'ambiente nella disciplina dell'utilizzo in agricoltura dei fanghi di depurazione.

3. La ricerca del «punto di equilibrio» tra esigenze di uniformità e competenze regionali

La Corte ha preliminarmente preso atto del carattere più restrittivo del limite fissato dal legislatore lucano (individuato in 50 mg/kg di «sostanza secca») rispetto a quello individuato nell'art. 41 del d.l. n. 109 del 2018 (1.000 mg/kg «tal quale», cioè non sulla «sostanza secca»).

Inoltre, dopo aver precisato che, nel caso in esame, il suo compito consiste solo nella definizione del riparto di competenze tra Stato e Regioni, ha ricondotto alla materia della tutela dell'ambiente la disciplina sottoposta al suo scrutinio, richiamando l'art. 127, comma 1, del codice dell'ambiente secondo cui «[f]erma restando la disciplina di cui al *decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 99*, i fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue sono sottoposti alla disciplina dei rifiuti, ove applicabile e alla fine del complessivo processo di trattamento effettuato nell'impianto di depurazione. I fanghi devono essere riutilizzati ogni qualvolta il loro reimpiego risulti appropriato». È noto infatti che, per giurisprudenza costante, la disciplina della gestione dei rifiuti è ricondotta alla materia della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

Ciò nondimeno, la Corte non ha negato «la facoltà delle Regioni di adottare, nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate»; competenze che, nel caso di specie, si radicano sull'indubbia afferenza di questa normativa alla materia dell'agricoltura, «[avendo] a che fare con la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione».

Sulla base di queste premesse, la Corte ha ritenuto che il suo giudizio consistesse nel verificare se, nel giudizio in questione, la Regione Basilicata avesse disciplinato l'utilizzo in agricoltura dei fanghi di depurazione mediante la previsione di un livello di tutela più elevato ma «rimanendo nel “nocciolo duro” della propria competenza in materia di agricoltura» oppure se avesse travalicato questo ambito.

La Corte si è espressa in quest'ultimo senso, ritenendo che la determinazione dei valori limite delle sostanze presenti nei fanghi di depurazione ai fini del loro utilizzo in agricoltura non possa che spettare allo Stato «per insuperabili esigenze

di uniformità sul territorio nazionale, sottese all'esercizio della competenza esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.».

Tali esigenze di uniformità sono state individuate: a) nella «necessità di applicare metodiche di valutazione e standard qualitativi che siano omogenei e comparabili su tutto il territorio nazionale» e b) nel «carattere integrato, anche a livello internazionale, del complessivo sistema di gestione e smaltimento dei rifiuti, al servizio di interessi di rilievo ultraregionale».

È soprattutto su quest'ultima esigenza che ha fatto leva la Corte per escludere la legittimità costituzionale dell'intervento legislativo regionale, che – secondo il Giudice delle leggi – avrebbe determinato «una visione frammentaria del sistema integrato dei fanghi di depurazione», tale da «incidere sul complessivo sistema nazionale [della loro] gestione [...], sull'adempimento degli obblighi di riduzione del conferimento in discarica di tutti i rifiuti recuperabili e riciclabili [...], nonché sulla cessazione della qualità di rifiuto (*end of waste*) che, in base alla normativa europea, spetta agli Stati membri decidere [...]».

In altre parole, l'aver introdotto limiti più restrittivi per l'utilizzo in agricoltura dei fanghi reflui avrebbe prodotto l'*effetto diretto* di rendere inutilizzabile a tal fine una significativa quantità di fanghi, con conseguente qualificazione degli stessi come rifiuti, e l'*effetto indiretto* di aumentare il carico di questi ultimi gravante sugli «impianti di depurazione e trattamento, sui corpi idrici ai quali afferiscono le acque reflue dopo il trattamento, sui flussi interni e transfrontalieri di rifiuti destinati allo smaltimento».

Dunque, la Corte ha escluso che «[i]l punto di equilibrio fra la legittima esigenza regionale e le richiamate ragioni di uniformità» possa «realizzarsi attraverso l'interferenza della Regione nella competenza statale in materia di disciplina della gestione dei rifiuti».

Già questa affermazione suscita qualche perplessità, non potendosi *a priori* escludere che anche la Regione possa fissare un punto di equilibrio tra le opposte esigenze sopra richiamate⁵. Il senso dell'utilizzo della formula «punto di equilibrio», in questo come in altri ambiti, è infatti quello di esprimere la fluidità della definizione del riparto di competenze, che non dipende da una qualificazione formale ma è rimessa a una valutazione sostanziale, cioè a un bilanciamento da operare caso per caso. Se così è, piuttosto che escludere che il punto di equilibrio si realizzi attraverso «l'interferenza della Regione», andava forse precisato che, nel

⁵ In proposito, è il caso di ricordare che il principio di sussidiarietà, qualificato come uno dei «principi sul ruolo dei soggetti nella tutela dell'ambiente», si declina sia come «principio di azione unitaria del livello territoriale superiore», sia come «principio della tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore» (in questi termini, già prima della riforma del Titolo V, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 280 ss. e pp. 285 ss.).

caso di specie e limitatamente a esso, il punto di equilibrio non poteva rinvenirsi nella normativa regionale impugnata.

Tornando alle argomentazioni della Corte, è da notare come questa si sia preoccupata di individuare un ambito di competenza della Regione nel caso di specie, rinvenendolo nella possibilità di adottare «limiti e condizioni nell'utilizzazione in agricoltura dei diversi tipi di fanghi, avuto riguardo alle concrete caratteristiche dei suoli, con riferimento in particolare alla loro vulnerabilità, nonché ai tipi di colture praticate». Inoltre, la Regione potrebbe, nel rispetto dei limiti stabiliti dalla normativa statale, disporre interventi di «miglioramento della qualità dei fanghi prodotti sul loro territorio nell'ambito del servizio idrico integrato».

Quelle anzidette sono affermazioni che, a prima vista, sembrano entrare in contraddizione con le precedenti relative al rinvenimento del «punto di equilibrio», lasciando intendere che sia ammissibile un intervento più incisivo del legislatore lucano volto a porre «*limiti e condizioni*» (corsivi aggiunti) per l'utilizzo dei fanghi in agricoltura, differenziati in ragione delle caratteristiche dei suoli e delle colture. Se così è, non si comprende perché sia precluso alle Regioni (e, in specie, alla Basilicata) estendere ai fanghi reflui i limiti previsti dalla normativa statale per i siti da bonificare, anch'essi differenziati in ragione dell'uso del sito e della tipologia di sostanza contenuta.

Per evitare di incorrere in questa contraddizione le affermazioni della Corte potrebbero essere lette nel senso che le Regioni possono esercitare le proprie competenze a tutela della qualità delle produzioni agricole sempre e solo nel rispetto dei valori limite stabiliti dal legislatore statale. Se così è, viene però smentita, di fatto, la possibilità di fissare livelli più elevati di tutela dell'ambiente nelle materie di competenza regionale.

In definitiva, non sembra convincente il tentativo operato dal Giudice delle leggi di contemperare le esigenze di uniformità e di integrazione del sistema di gestione e smaltimento dei rifiuti con le competenze delle Regioni in materia di agricoltura.

4. Il carattere “temporaneo” della normativa statale interposta come *passerpartout* per il suo utilizzo

Particolarmente problematico appare poi l'utilizzo dell'art. 41 del d.l. n. 109 del 2018⁶, come convertito in legge, nella motivazione della sentenza n. 88. Esso

⁶ Su questa norma e sulla sua genesi si rinvia a G. AMENDOLA, *Art. 41 decreto Genova. Quel pasticciaccio brutto dei fanghi contaminati ad uso agricolo*, in *Questione Giustizia*, 21 dicembre 2018. L'Autore citato, dopo aver ricostruito attentamente l'evoluzione legislativa interna ed europea in materia, boccia senza mezzi termini l'art. 41 definendolo come «un

costituisce, infatti, la norma interposta statale alla quale la Corte e, prima ancora, il ricorrente hanno fatto riferimento per sottolineare la difformità della disciplina regionale impugnata rispetto allo standard fissato dallo Stato.

Preliminarmente, merita almeno una considerazione marginale il fatto che sempre più spesso, nelle questioni aventi ad oggetto il riparto di competenze tra Stato e Regioni, lo schema dell'interposizione venga "utilizzato" – nelle argomentazioni delle parti e della Corte – oltre che nel tradizionale ambito della potestà legislativa concorrente, anche quando viene in gioco una competenza esclusiva statale di tipo trasversale. Com'è noto, il riparto di competenza "verticale" che si registra nella potestà concorrente rende ineludibile il ricorso all'interposizione della normativa statale che, per espressa indicazione costituzionale, vincola, quanto ai principi fondamentali, il legislatore regionale. Ben diverso si presenta il caso delle materie nelle quali lo Stato è titolare di una competenza esclusiva di tipo trasversale, potendosi definire tali quelle materie/non materie che, per il fatto stesso di individuare una finalità piuttosto che un ambito, finiscono con l'interferire con altre di competenza residuale delle Regioni. Questo è il caso, ad esempio, della normativa statale in materia ambientale rispetto ad ambiti rimessi alla potestà legislativa regionale, come quelli dell'agricoltura o della caccia, o ancora della normativa statale in materia di tutela della concorrenza rispetto alla potestà legislativa in materia di commercio o di agricoltura.

Nel caso qui preso in esame, l'art. 41 del c.d. decreto Genova costituisce l'espressione della competenza legislativa statale trasversale in materia ambientale in un ambito rimesso alla potestà legislativa regionale, qual è quello dell'agricoltura.

Con riferimento a questa norma, la Corte, dopo averla considerata «[i]l punto di equilibrio» per le ragioni anzidette, ha precisato come si tratti «di una composizione di interessi individuata in via temporanea», al solo fine di superare quelle che lo stesso legislatore ha definito «situazioni di criticità nella gestione dei fanghi di depurazione, nelle more di una revisione organica della normativa di settore» (punto 4.3.2 cons. dir.).

È proprio la natura temporanea di questa norma e dei valori limite in essa previsti uno degli argomenti addotti dal Giudice delle leggi a sostegno del suo uso parametrico nel giudizio relativo alla normativa della Basilicata. In altre parole, la Corte sembra fare riferimento alla prospettiva transeunte che caratterizza la previsione dell'art. 41 del decreto Genova per giustificarne l'utilizzo come «punto di equilibrio», quasi che la valutazione della ragionevolezza di quest'ultimo possa essere, in qualche modo, "attenuata" o "ammorbidita" dalla sua esclusiva finalità

intervento legislativo caratterizzato da sciattezza, parzialità e superficialità in una problematica delicatissima per ambiente e salute» (par. 10).

di superare situazioni contingenti di criticità nella gestione dei fanghi di depurazione e di consentire la transizione verso la nuova normativa organica.

In quest'ottica si comprendono – pur non condividendoli – i riferimenti alla norma di delega (ancora pendente al momento del deposito della sentenza) di cui all'art. 15 della legge n. 117 del 2019 (c.d. legge di delegazione europea), recante la previsione dell'adozione di una disciplina organica in materia di utilizzazione dei fanghi, e al parere favorevole reso dalla Conferenza Stato-Regioni, il 1° agosto 2018, su un altro atto normativo *in fieri*, cioè sullo schema di decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, recante la previsione di un valore limite per gli idrocarburi (c.d. decreto fanghi). In merito a entrambi questi schemi di decreto – quello legislativo attuativo della delega c.d. europea e quello del Ministro dell'ambiente – la Corte ha rilevato l'assenza di «puntuali contestazioni» da parte della Regione Basilicata «in ordine alla condivisione dei valori soglia stabiliti per il parametro idrocarburi (C10-C40) nei fanghi destinati ad utilizzo in agricoltura».

In sostanza, la Corte sembra aver voluto rafforzare, dal punto di vista argomentativo, l'utilizzo come norma interposta dell'art. 41 con le seguenti motivazioni: il valore soglia stabilito dall'art. 41 ha una natura provvisoria e la Regione ricorrente non ha fin qui manifestato il suo dissenso sulla condivisione dei valori limite previsti nelle bozze di decreto legislativo e di decreto ministeriale.

A parere di chi scrive, né l'uno né l'altro di questi argomenti appaiono del tutto persuasivi: non lo è il primo, perché la temporaneità del limite non costituisce, di per sé, una valida ragione della sua assunzione come «punto di equilibrio fra la legittima esigenza regionale e le [...] ragioni di uniformità»; non lo è il secondo, perché non si può imputare alla Regione una sorta di acquiescenza rispetto a schemi di decreti che, peraltro, non risultavano definitivamente approvati a quel tempo.

La strada da approfondire era forse un'altra, solo accennata dalla Corte: «[i]noltre, l'introduzione di nuovi limiti per tale parametro, oggetto di approfonditi studi sia da parte dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, sia dell'Istituto superiore di sanità, risulta dagli stessi condivisi» (sempre punto 4.3.2 cons. dir.). Era cioè il piano della ragionevolezza scientifica quello probabilmente più consono a giustificare l'utilizzo in chiave parametrica dell'art. 41, non potendosi escludere al riguardo l'utilità del ricorso a mezzi istruttori per acquisire ulteriori informazioni in merito. In realtà, però, la Corte ha fatto solo un rapido cenno agli «approfonditi studi [...] condivisi» che, stando alla lettura della motivazione, non risultano prodotti in giudizio.

Non si tralasci, poi, l'utilità di un'autorimessione della questione di legittimità costituzionale sullo stesso art. 41, richiesta dalla Regione ricorrente, sia pure con esclusivo riguardo all'art. 117, primo comma, Cost. e senza l'indicazione degli specifici parametri europei violati. L'approssimazione del ricorso sul punto (tale

da rendere inaccoglibile la richiesta) non impediva però alla Corte di formulare una diversa questione di legittimità costituzionale sull'art. 41, dovendosi ritenere siffatta decisione pregiudiziale rispetto all'utilizzo della norma *de qua* in funzione parametrica di quella regionale impugnata. Com'è noto, infatti, la stessa Corte – con specifico riguardo alle norme della CEDU ma con una argomentazione utilizzabile anche in altri casi⁷ – ha sostenuto che l'utilizzo di norme interposte nel giudizio di costituzionalità presuppone il superamento di un vaglio di conformità a Costituzione delle stesse, al fine di evitare il paradosso di una declaratoria di illegittimità costituzionale basata sul contrasto con una norma interposta incostituzionale.

In definitiva, l'utilizzo dell'art. 41 nello schema dell'interposizione normativa presupponeva che venissero fugati tutti i dubbi di costituzionalità su di esso.

Probabilmente, nella ricostruzione operata dalla Corte hanno influito le vicende giudiziarie che avevano indotto il legislatore statale a intervenire con l'art. 41. Si allude a quelle decisioni, come la sentenza della Corte di cassazione 6 giugno 2017, n. 27958 (meglio nota come sentenza Pagnin), che avevano individuato in termini restrittivi i valori limite di idrocarburi nei fanghi di depurazione destinati all'agricoltura e che avevano indotto talune Regioni, come la Lombardia, all'eccesso opposto, cioè all'innalzamento dei suddetti limiti sino a valori pari a 200 volte rispetto a quelli individuati dalla Cassazione. La delibera della Giunta regionale lombarda era stato poi oggetto di un ricorso da parte di numerosi Comuni della medesima Regione, che era stato accolto dal TAR per la Lombardia (sentenza 20 luglio 2018, n. 1782⁸)⁹.

⁷ Così la Corte nella sentenza n. 348 del 2007, punto 4.7 cons. dir.: «L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano».

⁸ Come si vedrà più avanti, il Consiglio di Stato, con la sentenza 22 novembre 2019, n. 7965, ha respinto sia l'appello della Regione Lombardia sia l'appello incidentale delle società contro-interessate avverso la sentenza del TAR indicata sopra.

⁹ Su questa vicenda si veda il quadro di sintesi offerto da G. AMENDOLA, *Fanghi di depurazione utilizzati in agricoltura e art. 41 decreto Genova. La Cassazione risponde alle*

Di tutto ciò era ben consapevole il legislatore statale del 2018; non a caso, durante i lavori parlamentari del disegno di legge di conversione del d.l. n. 109 del 2018, le suddette pronunce e la deliberazione della Giunta lombarda furono richiamate a giustificazione dell'introduzione dell'art. 41¹⁰.

5. Gli sviluppi giurisprudenziali e normativi più recenti in materia di fanghi di depurazione delle acque reflue

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 41 del d.l. n. 109 del 2018 e della relativa legge di conversione si è poi avuta la decisione del Consiglio di Stato (22 novembre 2019, n. 7965) nel giudizio di appello avverso la sentenza del TAR Lombardia sopra richiamata. In questa occasione, il giudice amministrativo di seconde cure ha precisato che il sopravvenuto art. 41 reca una disciplina diversa da quella dettata dalla delibera regionale impugnata e, pertanto, non ne determina implicitamente l'abrogazione o, comunque, il superamento. In particolare, l'art. 41 fa riferimento al «tal quale», ossia ai fanghi comprensivi della (statisticamente variabile) componente liquida, laddove la delibera si riferiva alla sola «sostanza secca», ossia alla materia «fango» *stricto sensu* intesa.

Il Consiglio di Stato ha anche rilevato che «l'art. 41 prevede una generale clausola di utilizzabilità dei fanghi: pur in presenza di un superamento dei valori ivi stabiliti («idrocarburi C10-C40 ≤1.000 mg/kg tal quale»), l'uso dei fanghi è sempre ammesso allorché i *marker* di cancerogenicità (che rilevano la natura minerale, dunque pericolosa, degli idrocarburi) siano inferiori ai livelli stabiliti dalla normativa europea».

Questa precisazione è particolarmente importante perché da ciò i giudici amministrativi hanno dedotto che, «quanto agli idrocarburi la delibera [regionale lombarda], in termini programmatici, intende introdurre una disciplina complessivamente più cautelativa per l'ambiente rispetto al sopravvenuto art. 41 d.l. n. 109 e, pertanto, *de jure condito* risponde in astratto, quanto meno sotto il profilo dell'obiettivo dichiaratamente perseguito, ai requisiti generali cui l'art. 6 d.lgs. n. 99 subordina l'intervento normativo delle Regioni *in subiecta materia*: anche per tale ragione, dunque, non è travolta dalla novella in parola»¹¹.

critiche e consolida la sua giurisprudenza, in Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente, n. 1/2019.

¹⁰ In particolare, ve n'è traccia nei Dossier elaborati dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica in occasione del dibattito parlamentare sulla conversione in legge del d.l. n. 109; si vedano al riguardo sia il Dossier del 5 novembre 2018 (pp. 208 ss.) sia quello del 14 novembre 2018 (pp. 209 ss.)

¹¹ L'art. 6 del d.lgs. n. 99 del 1992, rubricato «*Competenze delle regioni*» stabilisce che «[l]e regioni: 1) rilasciano le autorizzazioni per le attività di raccolta, trasporto, stoccaggio, condizionamento, come definito dall'art. 12, ed utilizzazione dei fanghi in agricoltura,

In conclusione, il Consiglio di Stato – dopo aver confermato l’illegittimità della delibera della Giunta lombarda, sia pure per ragioni «parzialmente divergenti da quelle valorizzate in prime cure» – ha precisato che «[s]ono evidentemente salve le future determinazioni amministrative che la Regione intenda assumere in proposito, che, per quanto detto, dovranno individuare limiti, procedure ed accorgimenti che non solo assicurino il pieno rispetto della normativa, nazionale e comunitaria, vigente in materia, ma altresì rappresentino, ai sensi del richiamato art. 6, comma 1, n. 2, del d.lgs. n. 99 del 1992, “ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione” ancor più protettivi per l’ambiente e, indirettamente, per la salute umana (ad esempio, quanto ai fenoli, garantendo che nel recettore “suolo” si registrino, a seguito dello spargimento dei fanghi, valori inferiori a quanto previsto dall’Allegato 5 del Titolo V della Parte IV del d.lgs. n. 152 del 2006 con riferimento ai “siti ad uso verde pubblico, privato e residenziale”)».

Dunque, i giudici amministrativi hanno, per un verso, preso atto del carattere complessivamente più cautelativo per l’ambiente (quanto agli idrocarburi) della delibera regionale impugnata (sia pure «in termini programmatici», cioè in astratto) e, per altro verso, hanno fatto salve «le future determinazioni amministrative» che («ad esempio, quanto ai fenoli») dovessero stabilire livelli più elevati di tutela ambientale.

In altre parole, la sentenza del Consiglio di Stato – a prescindere dalla decisione assunta in concreto – lascia condivisibilmente aperta la porta all’intervento regionale maggiormente protettivo dell’ambiente quanto alle concentrazioni sia di idrocarburi sia di fenoli nei fanghi reflui, aggiungendo che l’«eventuale nuova delibera [...] dovrà essere preceduta da un’istruttoria scientificamente adeguata [...] e dovrà conseguire ad un procedimento connotato da idonee forme di

conformemente alla normativa vigente e al presente decreto; 2) stabiliscono ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento; 3) stabiliscono le distanze di rispetto per l'applicazione dei fanghi dai centri abitati, dagli insediamenti sparsi, dalle strade, dai pozzi di captazione delle acque potabili, dai corsi d'acqua superficiali, tenendo conto delle caratteristiche dei terreni (permeabilità, pendenza) delle condizioni meteorologiche della zona, delle caratteristiche fisiche dei fanghi; 4) predispongono piani di utilizzazione agricola dei fanghi tenendo conto delle caratteristiche quali-quantitative degli stessi, della loro utilizzazione in atto o potenziale, della ricettività dei terreni, degli apporti ai suoli in nutrienti, in sostanza organica, in microelementi, derivanti da altre fonti, dei criteri di ottimizzazione dei trasporti, delle tipologie di trattamento; 5) redigono ogni anno e trasmettono al Ministero dell'ambiente una relazione riassuntiva sui quantitativi di fanghi prodotti in relazione alle diverse tipologie, sulla composizione e le caratteristiche degli stessi, sulla quota fornita per usi agricoli sulle caratteristiche dei terreni a tal fine destinati; 6) stabiliscono le norme sanitarie per il personale che viene a contatto con i fanghi».

partecipazione dei Comuni lombardi, istituzionalmente portatori degli interessi pubblici locali inevitabilmente coinvolti».

Passando al piano normativo, il quadro si presenta ancora in via di definizione. Infatti, per un verso, non risulta che sia stato ancora emanato il decreto del Ministro dell'ambiente recante il regolamento concernente le modifiche agli allegati IA, IIA, IB e IIB al d.lgs. n. 99 del 1992. Per altro verso, è stato sì adottato il decreto legislativo previsto dall'art. 15 della legge n. 117 del 2019¹², ma non v'è traccia della «nuova disciplina organica in materia di utilizzazione dei fanghi» prevista nella norma di delega (art. 15, comma 1, lett. *b*), che, tra l'altro, dovrebbe «prevedere la redazione di specifici piani regionali di gestione dei fanghi di depurazione delle acque reflue, all'interno dei piani regionali di gestione dei rifiuti speciali, mirati alla chiusura del ciclo dei fanghi nel rispetto dei principi di prossimità e di autosufficienza» (art. 15, comma 1, lett. *b*, punto 5)¹³.

Il rischio è dunque quello che il punto di equilibrio individuato dalla Corte in via transitoria assuma carattere di stabilità, con l'estromissione delle Regioni dalla possibilità di stabilire livelli più elevati di tutela dell'ambiente e, quindi, con un sostanziale sacrificio delle istanze di protezione dell'ambiente in nome della preminente esigenza di uniformità.

¹² Si tratta del d.lgs. 3 settembre 2020, n. 121 (Attuazione della direttiva UE 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti).

¹³ Sempre in tema di fanghi di depurazione si segnala anche la recente sentenza della Corte di Giustizia 14 ottobre 2020, in causa C-629/19, relativa, però, alla normativa austriaca e a un ambito che esula dall'oggetto di questo scritto, cioè alla qualificazione come rifiuto o come sottoprodotto dei fanghi di depurazione di acque reflue industriali e urbane. In merito, A. MURATORI, *Con la sua (non) sentenza sulla Causa C-629/19 la Corte di Giustizia fa il punto sulla "natura" dei fanghi di depurazione*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 12/2020, pp. 923 ss.

Recensione a Costantino Mortati, *La teoria del potere costituente*, a cura di Marco Goldoni, Quodlibet Ius, Macerata, 2020, pp. 1-160

ROSARIO STRABONE*

Indice disponibile all'indirizzo: www.quodlibet.it/libro/9788822904669.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

R. STRABONE, *Recensione a Costantino Mortati, La teoria del potere costituente, a cura di Marco Goldoni, Quodlibet Ius, Macerata, 2020, pp. 1-160*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo mail: rosario.strabone@uniroma1.it.

Marco Goldoni ha dato alle stampe per i tipi della *Quodlibet Ius* un saggio importante per gli/le studiosi/e del diritto costituzionale, che ripropone in chiave critica l'attualità del pensiero giuridico sul potere costituente di uno dei più importanti autori del '900 italiano, Costantino Mortati, con l'intenzione, dimostrata anche dalla chiosa finale relativa al confronto con il pensiero schmittiano, di valorizzare gli aspetti originali della sua teoria, la quale rimane la più solida e sofisticata.

Il testo, oggetto della presente recensione, rappresenta la riedizione parziale di una raccolta di scritti pubblicata per la Giuffrè nel 1972 e, prima ancora, nel 1945 dall'editore Darsena. Come ricorda Augusto Barbera nella prefazione al saggio, *La teoria del potere costituente* non è il testo più noto dei notevoli studi del grande maestro Mortati, tanto che la sua presentazione si presenta "sottotono" e, come ebbe a dire lo stesso studioso, con lo scopo di "fornire alle persone colte, non specializzate negli studi giuspubblicistici, gli elementi necessari alla comprensione dei problemi sollevati dalla costituente" (p. 7).

Il saggio si propone l'intento tacito e polemico di rappresentare tutte le versioni irrazionaliste del potere costituente, secondo le quali quest'ultimo non sarebbe altro che un evento imprevedibile da catalogare poiché incondizionato da un nuovo inizio. Muovendo da tale assunto, nell'opera di Goldoni, si presenta uno studio che appare agli occhi del lettore sistematico, con l'obiettivo principale di tratteggiare le fondamenta del potere costituente, attraverso l'elaborazione delle fasi che si susseguono lungo il percorso costituente e di individuare gli attori principali. Lavoro e ricostruzione scientifica, dunque, che lo stesso Mortati portò avanti con un emblematico rigore metodologico, che egli fece suo utilizzando l'asse storico-temporale e allo stesso tempo quello logico.

Il curatore, nel corso dell'opera, interpreta egregiamente l'originaria concezione mortatiana del potere costituente, intesa come "forza materiale vista nel momento in cui si ordina, nel momento in cui, dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica" (pag.37). Mortati punta l'accento sensibilmente sul concetto di volontà politica, proprio perché da essa derivano il fine della Costituzione e il tipo di Stato, dunque il suo carattere fondamentale, che gli consente di resistere e di adattarsi ai continui mutamenti dei rapporti sociali; non può non rilevarsi, a tal proposito, l'attualità del pensiero del grande autore novecentesco, se pensiamo alla resilienza e alla capacità nomopoietica della nostra Costituzione di fronte alle sfide del XXI secolo.

Ritornando al concetto di forza, per Mortati essa deriva da un fatto che ha il proprio fondamento in sé stesso. Si tratta di una affermazione che permette di cogliere tutta l'originalità del suo pensiero rispetto a quello di altri autori e che ci fornisce gli strumenti per comprendere il carattere tutto giuridico del momento ordinante: fin dal primo istante, per l'Autore, il sorgere di un ordinamento statale

è giuridico. È per tale ragione che egli descrive il fenomeno qui considerato come “fatto normativo, quando questo si intenda nell’esatto significato di fatto che ha in sé la sua legge e le garanzie della persistenza anche nell’avvenire” (pag.38). Mortati rifiuta categoricamente tutte le opinioni che classificano la fase formativa dello Stato come non giuridica e secondo cui il diritto sarebbe qualcosa di successivo alla formazione dello Stato, in quanto tutti i principi che animano il processo costituente sono già di per sé parte integrante del nuovo ordinamento e quindi oggetto di analisi squisitamente giuridica. Rifiuta, dunque, tutte le concezioni meramente formali del potere costituente “le quali trascurano l’esame dei procedimenti formativi dello Stato, in quanto li ritengono estranei alla considerazione del giurista, perché di mero fatto e destinati quindi a rimanere in una fase pregiuridica, affidata alla conoscenza solo del sociologo o dello storico” (p. 40) e abbraccia un approccio realista “nel quale le forze materiali e principi politici entrano quali elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell’ordine” (p. 40). Merita sottolineare, prima di passare ad analizzare il nucleo centrale dell’opera, relativo ai modi di manifestazione del potere costituente, l’importanza che assume per Mortati il partito politico nel processo costituente: esso viene qualificato da Goldoni come “centrale rispetto alla distribuzione di valori e posizioni fra membri” (p. 20). Solo il partito politico sarebbe in grado di incidere sull’organizzazione della società le coordinate e l’impronta dei fini fondamentali. Per utilizzare le parole di Zagrebelsky, in premessa al noto testo “*La Costituzione in senso materiale*”, il concetto di partito politico in senso mortatiano “non è stato impiegato per indicare i singoli raggruppamenti fra loro contrapposti, bensì l’insieme delle forze politiche, omogenee fra loro, intorno a cui si ordina lo Stato”.

L’analisi prosegue, nel capitolo secondo dell’opera, ed entra nel vivo della questione costituente analizzando, nello specifico, le modalità di manifestazione, la natura che assume e il fondamento di legittimità del potere costituente. Emerge, con estrema chiarezza, l’approccio tutto istituzionalista dell’Autore Mortati, ove rileva, dopo avere definito le differenze tra formazioni derivate, in cui persiste almeno uno degli elementi formativi dello Stato, e formazioni statali “primarie”, che “ogni singolo Stato non viene ad esistere se non per il determinarsi di un principio organizzativo specifico, che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli appartenenti ad esso [...]”. Continua Mortati con affermazione, che appare centrale nell’analisi di costituente, “che il mutamento dello Stato si ha tutte le volte al posto di un principio organizzativo ne subentra un altro” (p. 51). Nell’analisi del famoso Autore è centrale l’elemento della rottura rispetto al precedente ordinamento: rottura che avviene se, e solo se, il nuovo principio organizzativo si trovi rispetto al precedente in un rapporto di totale incompatibilità. Ed è qui, che, per Mortati, emerge l’importanza del soggetto del potere costituente cui si accennava sopra, con riferimento a gruppi più o meno ampi della popolazione ispirati ad orientamenti

“che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze e interessi” (p. 52).

L'Autore passa, a questo punto della trattazione scientifica, ad analizzare i criteri di classificazione del potere costituente, operando ben cinque distinzioni, che egli analizza con grande intelligenza e acutezza. Potrà bastare, in questa sede, e rimandando al saggio per i dovuti approfondimenti, accennare alle ipotesi saggiamente delineate, ovvero: *i*) la distinzione concernente il modo di esercizio del potere, cioè se l'esercizio del potere medesimo operi per mezzo di organi e con l'impiego di strumenti previsti dal precedente ordinamento; *ii*) la distinzione riferibile alla diversa natura degli atti attraverso cui si esplica il potere oggetto della trattazione; *iii*) la distinzione attinente alla natura dell'instaurazione della nuova Costituzione, che può essere pacifica o violenta; *iv*) la distinzione che si riferisce all'entità del mutamento, facendo esplicito riferimento all'“*essenza vitale della costituzione scritta*” (p. 68) e focalizzando l'analisi, quindi, sulla natura delle modifiche, mediante la distinzione tra quelle che si contengono in costanza con la medesima forma di Stato preesistente e quelle che giungono sino al punto di farne venire meno *la sua essenza* o, come direbbe la Corte Costituzionale, il suo *spirito*. E non è un caso che nella prefazione del testo originario del 1945 Mortati, riferendosi alla *coscienza costituente del popolo*, affermi che “*in fondo il valore sostanziale della costituente [...] è di natura spirituale, è in quel “sovraccitamento della vitalità popolare” [...]; v*) l'ultimo criterio distintivo attiene alle modalità organizzative e “*al procedimento seguito dal potere stesso nell'attività rivolta alla formazione della Costituzione*” (p. 69).

Il significato della nozione di potere costituente si lega indissolubilmente al concetto di sovranità popolare: come scrisse pregevolmente Gerhard Leibholz, “*ogni democrazia presuppone che il popolo sia sovrano, vale a dire che tutto il potere derivi dal popolo, e che il popolo sia soggetto e portatore del potere costituente*”¹. È a questo rapporto che il terzo capitolo (conclusivo) del saggio si dedica, delineando i fondamentali principi organizzativi del potere costituente, e che, in questa sede, cercherò di delinearne brevemente le coordinate essenziali.

Se l'attività costituente non può prescindere dal principio democratico e quindi dalla partecipazione della collettività popolare, come si qualifica la fase dell'iniziativa costituente? A questo primo quesito, sollevato implicitamente nel saggio, l'Autore risponde chiarendo che “*non essendo possibile una intesa diretta fra i membri di una collettività numerosa, spetta naturalmente a gruppi più o meno ristretti*” (p. 93), i quali sono necessariamente rappresentativi del popolo, assumere l'iniziativa. Un popolo, si chiarisce nel corso del volume, non astrattamente inteso

¹ G. LEIBHOLZ, *La rappresentanza nella democrazia*, ed.it. a cura di S. FORTI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 314.

e dunque incapace di agire giuridicamente, bensì un popolo organizzato attorno a una idea politica e in grado di creare un apparato coattivo che consolidi la medesima idea e dia sostanza a una forma di Stato.

Per quanto riguarda i principi di organizzazione, l'Autore si interroga sulle modalità di formazione della volontà popolare. L'Autore rifiuta il criterio del riferimento al concetto di *pars-sanior*, ritenuto inidoneo, per dare risalto, invece, al criterio della *pars-maior*, comunemente denominato principio maggioritario. Principio, questo, che permette di promuovere al meglio l'*idem sentire de Republica*, sebbene necessiti di alcuni contemperamenti tali da evitare che l'azione della maggioranza degeneri in tirannia. E, non a caso, l'Autore rileva l'importanza dei sistemi di rappresentanza proporzionale e dell'introduzione di una serie di forme di controllo sull'operato della maggioranza. Appare chiaro agli occhi dei lettori il *file rouge* del ragionamento: potere costituente che deriva da una sovranità popolare, la quale si esprime con metodo democratico e mediante l'operare di una serie di principi organizzativi, tra cui il fondamentale principio maggioritario, i quali permettono di garantire il c.d. *leale giuoco* tra le parti.

Nella seconda parte del capitolo, l'Autore del saggio si sofferma, specificamente, sul problema relativo alla compatibilità del principio della sovranità popolare con gli istituti della democrazia rappresentativa. Egregiamente, riprende le autorevoli tesi dei "classici" del pensiero politico continentale, in particolare quelle di Rousseau, di Montesquieu e dell'abate Emmanuel-Joseph Sieyès. È proprio all'interno della teoria di quest'ultimo, autore dell'autorevole teoria sul *pouvoir constituant* nel periodo delle costituzioni rivoluzionarie francesi, che Mortati rileva l'importanza dell'applicazione del "*regime rappresentativo*" (p. 105) all'attività costituente. La suddetta attività necessita, inevitabilmente, di una dichiarazione di volontà espressa in modo diretto dal popolo; dichiarazione "*che si esplicita attraverso un procedimento di nomina nell'affidare ai rappresentanti la definitiva relazione ed approvazione della costituzione*" (p. 107). A tal proposito, appare utile riportare quanto scritto nel 1792 da Marie-Jean marchese di Condorcet a proposito dell'*Exposition des principes et des motifs du plan de la Constitution*, in cui afferma che il popolo, ancorché deleghi l'esercizio del potere costituente, conserva tre importanti diritti: di iniziativa e/o veto su tutte le leggi; di richiedere la revisione della costituzione; di esprimersi, per il tramite di un *Referendum*, sulla costituzione. Al referendum l'Autore dedica la parte finale del capitolo conclusivo del saggio, con riferimento alle forme di rappresentanza e alla rilevanza delle stesse nell'ambito del potere costituente, chiarendo, saggiamente ed in modo chiaro, il significato di *referendum* e differenziandolo dalle altre forme di partecipazione (iniziativa, plebiscito, ecc.).

Giunti al termine di questa stimolante recensione, appare opportuno sottolineare l'acutezza di Marco Goldoni nel dedicare le pagine finali del saggio a delle, tanto brevi quanto intense, note sul rapporto fra costituzione e politica nel

pensiero di Carl Schmitt, redatte dal maestro Mortati e pubblicate nel 1973 dai *Quaderni fiorentini*, in cui si evidenziano egregiamente differenze ed analogie dei pensieri di entrambi i due grandi autori del '900.

La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016*

ANDREA AMBROSI**

Abstract (EN): In 2016, with its groundbreaking judgment no. 251, the Italian Constitutional Court ruled that the principle of loyal cooperation requires the pursuit of an agreement between the state and the regions already at the drafting stage of delegated legislative decrees. This need for cooperation occurs in instances where the delegation concerns inextricably linked state and regional matters. This article now examines the follow-up to that decision. The mandatory involvement of the regions in the drafting of state legislation occurs only in the event of “*competition of competences*”, and only insofar as the state intervenes by means of delegated legislative decrees (and not when it resorts either to the formal law of Parliament, or to the decree-law). It is noted, and deemed to be negative, that uncertainties continue to exist regarding the identification of the prerequisite - the “*competition of competences*” - which makes it necessary to seek the agreement of the regions in the legislative procedure. Finally, the article criticizes judgement no. 169 of 2020, which essentially represents a departure from the basis for the decision of judgement no. 251 of 2016.

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 169 del 28 luglio 2020.

Disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0169s-20.html.

Sommario

1. Chiaroscuri nel seguito della sent. n. 251 del 2016 della Corte costituzionale. – 2. La esclusione dell’intervento regionale dalla formazione della legge del Parlamento e dei decreti legge. – 3. Alla ricerca della “concorrenza di competenze”, tra legge delega e decreti legislativi. – 4. La sent. n. 169 del 2020: verso un abbandono della *ratio decidendi* del 2016?

Data della pubblicazione sul sito: 30 aprile 2021

Suggerimento di citazione

A. AMBROSI, *La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione nella rivista *Le Regioni*.

** Ricercatore in Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Padova. Indirizzo mail: andrea.ambrosi@unipd.it.

1. Chiaroscuri nel seguito della sent. n. 251 del 2016 della Corte costituzionale

Sono trascorsi quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016, mediante la quale la Corte - per quanto in precedenza avesse “più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo” - ha dichiarato incostituzionale una disposizione di delega, per non avere essa previsto, in una ipotesi di “concorrenza di competenze”, una intesa con la conferenza Stato - Regioni nel procedimento di formazione dei decreti legislativi: secondo la decisione del 2016, là dove “il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all’intesa. Quest’ultima si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l’attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell’art. 76 Cost. Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest’ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l’essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze”¹.

Il tempo trascorso consente una riflessione sul seguito avuto da quella decisione, indubbiamente innovativa², anche se non rivoluzionaria o scardinante la forma di stato prevista dalla Costituzione³. Alcuni punti che la sentenza aveva lasciato in ombra si sono chiariti, qualche profilo rimane dubbio, incertezze e contraddizioni nuove si sono manifestate.

¹ Sent. 251/2016, punto 3.

² G. RIVOSECCHI, *La leale collaborazione nelle procedure legislative. Note a margine dei recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 dicembre 2017, pp. 9 ss. L’importanza della decisione è testimoniata pure dalla specifica considerazione di essa nella manualistica: cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, 5 ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 79 ss.; A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 151 ss.

³ Come si è ritenuto: v. ANONIMO (apparso a firma J. Marshall), *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 706. Vale però l’invito di S. BARTOLE, *Intrecci di competenze, legislazione statale e ruolo della Conferenza Stato - Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, pp. 2805 ss., a riflettere sul fatto che “l’attivazione del principio di leale collaborazione nei rapporti fra lo Stato e le Regioni per il tramite della Conferenza Stato - Regioni” ha riflessi sulla nostra forma di governo repubblicana, le ricerche sulla quale possono “trarre un vantaggio dall’abbandono della tradizionale modellistica che le vuole ristrette ai soli organi costituzionali, e dal conseguente loro allargamento alla considerazione dei rapporti fra quegli organi e parti componenti dello Stato ordinamento”.

2. La esclusione dell'intervento regionale dalla formazione della legge del Parlamento e dei decreti legge

Un punto sembra consolidato: in ordine ad una questione che da subito dopo la sentenza n. 251 ha impegnato la letteratura, la Corte ha preso posizione nel senso che il vincolo costituzionale a prevedere forme di coinvolgimento regionale in caso di concorrenza di competenze vale solo quando lo Stato ritenga di intervenire per mezzo di una legge di delega e dei conseguenti decreti legislativi⁴, e non si impone invece quando si faccia ricorso alla legge formale o al decreto legge.

Vero che, talora, impugnata una legge formale facendo valere il mancato coinvolgimento delle Regioni nell'*iter* legislativo, la Corte ha dichiarato non fondata la questione, argomentando nel merito che le disposizioni intervenivano in materie di esclusiva attribuzione statale, *ex art.* 117, comma 2, Cost.⁵, con ciò lasciando supporre che altra potrebbe essere la conclusione, nell'ipotesi in cui nella normativa posta da una legge formale si ravvisasse effettivamente una "concorrenza di competenze". Ma si tratta di giurisprudenza isolata: quando la Corte si pronuncia esplicitamente sul supposto vizio procedimentale, la *ratio decidendi* è che "il principio collaborativo e segnatamente la previa intesa in sede

⁴ Assai netta in tal senso la sent. 44/2018, punto 6. Sulla questione in letteratura, per le diverse opinioni e per ulteriori riferimenti, tra i molti v. G. SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità "cautelare"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 2233 ss.; M. GORLANI, *La Corte anticipa la tutela della sfera di competenza regionale: la leale collaborazione deve essere assicurata già in fase di emanazione dei decreti legislativi attuativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 2243 ss.; L. ANTONINI, *I segni dei tempi: dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, 3-5; A. AMBROSI, «Concorrenza di competenze» e intervento delle Regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo, in *Le Regioni*, n. 3/2017, pp. 533 ss.; G. RIVOSECCHI, *La leale collaborazione nelle procedure legislative*, cit., pp. 19 ss.; M. DI FOLCO, *Leale collaborazione e procedimento legislativo ordinario*, in G.C. DE MARTIN, F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Luiss University Press, Roma, 2017, p. 126.

⁵ Sent. 78/2020, punti 5.3 e 6.6.2. A questa decisione si può accostare la sent. 32/2017: pronunciandosi su norme di un decreto legge, che vengono ricondotte ad attribuzioni di cui all'art. 117, comma 2, Cost., la Corte dichiara non fondate le questioni sollevate per violazione del principio collaborativo, argomentando pure che, "poiché le disposizioni impugnate devono tutte essere ascritte, come si è detto, a plurimi titoli di competenza statale, nessuna violazione della leale collaborazione può essere imputata allo Stato, non essendovi alcuna competenza regionale incisa [...]"; ma si tratta qui di un *obiter dictum*, in quanto la Regione lamentava propriamente che il decreto legge avesse contraddetto un accordo già raggiunto in conferenza permanente, censura alla quale la sentenza oppone l'argomento che «un accordo non può condizionare l'esercizio della funzione legislativa» (punto 5).

di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata non operano nel caso del procedimento legislativo di produzione della normativa primaria, non essendo l'esercizio della funzione legislativa soggetto a procedure di leale collaborazione⁶.

Né si può dire che, quando vi è intreccio di competenze, alla legge formale sia impedito di intervenire: come se esistesse una sorta di riserva di atto amministrativo, o una riserva di disciplina mediante decretazione legislativa delegata⁷. Significative sul punto sono le pronunce che hanno avuto ad oggetto leggi, le quali erano sopraggiunte a disciplinare direttamente esse stesse oggetti o settori materiali, per la cui regolamentazione - in precedenza - erano invece previsti interventi di fonti subordinate (o di provvedimenti amministrativi), la adozione dei quali richiedeva il parere o la intesa in conferenza Stato-Regioni o in conferenza unificata: nemmeno in relazione a tali leggi - sostiene la Corte - è possibile invocare la violazione di un qualche principio collaborativo⁸.

Generalmente la Corte non si sofferma molto sul fondamento dell'assunto secondo cui l'esercizio della funzione legislativa si sottrae a procedure di leale collaborazione. Nel più recente periodo, i passi maggiormente significativi in argomento si trovano nella sent. n. 237 del 2017: "il procedimento legislativo è disciplinato da un sistema di norme contenute nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari ai quali la prima rinvia per la disciplina integrativa (artt. 64 e 72 Cost.)"; questa è la regola, ed eccezionali rimangono le ipotesi nelle quali la

⁶ Sent. 192/2017, punto 9.2.3; sent. 44/2018, punto 6.

⁷ In argomento A. AMBROSI, «Concorrenza di competenze» e intervento delle Regioni cit., pp. 538 ss.

⁸ Sent. 44/2018, punto 6; conforme, in un caso in cui la legge sopravvenuta era una legge rinforzata, è la sent. 237/2017, punto 8, con richiamo alla sent. 250/2015 (sulla sentenza n. 237 v. G.U. RESCIGNO, *Rapporto tra legge rinforzata e legge comune e altre questioni in materia di bilancio a seguito della revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2382). Affermazioni che sembrerebbero andare in direzione diversa si hanno nella sent. 116/2020, la quale - dopo avere valorizzato modalità e pregi del modo di agire in via amministrativa - ragiona di materie "naturaliter amministrative", nelle quali l'intervento del legislatore deve essere riguardato con sospetto (v. punti 6.1, 9, 11, 12); ma oggetto del giudizio era nel caso una norma-provvedimento statale, che in materia sanitaria aveva legificato il programma operativo straordinario per la Regione Molise per il triennio 2015-2018, allegato ad un accordo sancito in conferenza Stato-Regioni, sul quale già pendeva una impugnazione davanti al giudice amministrativo. La particolarità della vicenda suggerisce cautela nel ricavare dalla sentenza indizi circa una rivisitazione da parte della Corte del tema generale della "riserva di amministrazione" (tema che peraltro la stessa decisione, al punto 7, dice di non "mettere in discussione"); in argomento v. comunque F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Le Regioni*, n. 5/2020, pp. 1169 ss., e, in senso critico, C. PINELLI, *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, pp. 1318 ss.

Costituzione prevede che la legge statale ordinaria sia preceduta da un raccordo con le Regioni (v. art. 116, comma 3; art. 132, comma 2; art. 133, comma 1). Aggiunge poi la sentenza che “si deve ritenere precluso a una legge, per quanto rinforzata, di regolare la procedura legislativa di altra legge, ancorché di rango diverso, restando la legge (non costituzionale) in ogni caso priva di competenza su tale oggetto”⁹.

Tali argomenti si possono ricondurre a due idee-forza.

Limitare il controllo, sul modo come le Camere procedono nell’esercizio della funzione legislativa, al solo rispetto delle norme puntualmente risultanti in tema dalla Costituzione, significa riconoscere e preservare la autonomia di ciascun ramo del Parlamento. Da questo punto di vista, la posizione della Corte sulla questione specifica fa sistema con molte altre decisioni, che quella autonomia non intendono scalfire. Basti ricordare la ripetuta affermazione della potestà di autoorganizzazione, che copre senz’altro la “disciplina del procedimento legislativo, per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione”¹⁰, e alla quale sono state collegate sia la autonomia nel momento applicativo della disciplina (ad esempio per quanto riguarda l’accertamento delle modalità di voto nelle deliberazioni collegiali¹¹), sia la autodichia, ovvero la “potestà degli organi costituzionali di decidere attraverso organi interni le controversie che attengano allo stato e alla carriera giuridica ed economica dei loro dipendenti, applicando la disciplina normativa che gli stessi organi si sono dati in materia”¹².

D’altro canto, poiché la previsione obbligatoria di fasi del procedimento legislativo, ulteriori rispetto a quelle normalmente previste, si traduce nella configurazione di leggi rinforzate, a competenza riservata, quando esclude che vincoli procedurali alla legge possano derivare da soli principi costituzionali (come è la leale collaborazione), la Corte garantisce la capacità della legge - come atto risultante da un procedimento tipizzato - di occuparsi di qualsiasi materia che non sia affidata dalla Costituzione alla disciplina di altre fonti¹³, e la costante pienezza della funzione legislativa delle Camere.

Per quanto riguarda il decreto legge, ad escludere la obbligatorietà di un preliminare coinvolgimento delle autonomie stanno le ragioni “di necessità e di urgenza” che sole legittimano, o dovrebbero legittimare, la adozione dell’atto

⁹ Sent. 237/2017, punto 9.

¹⁰ Sent. 262/2017, punto 7.2.

¹¹ Sent. 379/1996; sent. 120/2014; sent. 262/2017, punto 7.3.

¹² Sent. 262/2017, punti 7.1, 7.4; sull’autodichia v. ora L. CASTELLI, *L’autodichia degli organi costituzionali: assetti, revisioni, evoluzioni*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹³ Con la precisazione che quanto osservato nel testo vale per i rapporti tra fonti statali, mentre per i rapporti tra queste e le fonti regionali occorre tenere conto del riparto di cui all’art. 117 Cost.

provvisorio con forza di legge: “è appena il caso di sottolineare” - scrive la Corte nella sent. n. 194 del 2019 - “che la natura e le caratteristiche di tale atto, come risultano dall’art. 77 Cost., escludono in radice la possibilità di prevedere forme di consultazione delle Regioni nell’ambito della decretazione d’urgenza”¹⁴. La giurisprudenza rimane compattamente attestata su questa posizione, per quanto spesso all’argomento della urgenza del provvedere, che può non consentire il coinvolgimento delle Regioni, si accompagna pure qui la sottolineatura che, con le disposizioni del decreto legge oggetto del giudizio, lo Stato aveva esercitato proprie competenze esclusive, come tali comunque sottratte al raggio di azione del principio di leale collaborazione¹⁵.

Né l’intervento regionale si può esigere in relazione alla legge di conversione: poiché tale legge è oggi intesa come legge atipica, sia per procedimento che per contenuto, vincolata alla conversione¹⁶, la previa concertazione su di essa si tradurrebbe logicamente in una concertazione sul contenuto del decreto legge¹⁷. Il venir meno della provvisorietà del decreto, e il consolidarsi dei suoi effetti, dipenderebbero allora non solo dalla volontà politica del Parlamento, ma anche

¹⁴ Punto 10.

¹⁵ Sent. 280/2016, punto 3; sent. 17/2018, punto 4.3 (da notare, peraltro, che nel caso la Regione ricorrente si doleva propriamente del fatto che il decreto legge non avesse previsto un procedimento amministrativo modulato secondo il principio di leale collaborazione, piuttosto che del mancato coinvolgimento regionale prima della adozione del decreto: v. punto 1.1 del “Ritenuto in fatto”). Anche in relazione al decreto legge, vi è qualche decisione meno netta, in punto di necessità o meno di previo coinvolgimento regionale ai fini della adozione di esso: così, la sent. 137/2018, punto 5.3, rigetta la censura della ricorrente sulla base dell’argomento che “[i]l principio di leale collaborazione non opera quando lo Stato - come accade nella fattispecie normativa in contestazione - esercita la sua competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza (*ex plurimis*, sentenza n. 339 del 2011), la cui natura trasversale funge da limite alla disciplina che le regioni possono dettare nelle materie di competenza concorrente o residuale (sentenze n. 38 del 2013 e n. 299 del 2012; da ultimo, sentenza n. 165 del 2014). Nel caso in cui si tratti di una competenza esclusiva dello Stato, infatti, non ricorre neppure quella inscindibile commistione tra diverse competenze legislative dello Stato e delle Regioni che hanno eccezionalmente giustificato le conclusioni della sentenza n. 251 del 2016 (riferite, per altro, al procedimento di delegazione e non alla decretazione d’urgenza)”.

¹⁶ V. la sent. 22/2012 (punti 3.3, 4.1, 4.2) e la sent. 32/2014 (punto 4.1), seguite da numerose altre (tra le quali la sent. 247/2019, punto 5.2).

¹⁷ Per la parte in cui la legge di conversione può allontanarsi dai contenuti originari del decreto, possono valere le osservazioni sopra svolte in relazione alla legge comune. Quanto detto nel testo non esclude che comunque il sistema regionale sia sentito nel procedimento parlamentare di conversione, anche ai sensi dell’art. 9, comma 3, d. lgs. 281/1997 (per un caso in cui è stato sottolineato il rilievo di una tale partecipazione delle Regioni v. la sent. 5/2018, punto 8.2.3).

dalla concertazione con il sistema regionale: con un distacco notevole da quanto testualmente risulta dall'art. 77 Cost.¹⁸.

3. Alla ricerca della “concorrenza di competenze”, tra legge delega e decreti legislativi

La novità portata dalla sent. n. 251 del 2016 è dunque limitata alla decretazione delegata. In tale ambito, vi è stata occasione di affrontare la questione di come il principio costituzionale di leale collaborazione incida sul procedimento di formazione del decreto delegato. La Corte sembra escludere che il principio da solo sia sufficiente a vincolare il Governo alla ricerca della intesa in conferenza sul contenuto del decreto, indipendentemente da testuali previsioni della delega (quando cioè questa taccia sul punto, o preveda il solo parere)¹⁹. Se, come statuito con la decisione del 2016, la mancata previsione della intesa nell'*iter* del decreto legislativo determina la invalidità della delega, tanto che il vizio può essere fatto valere immediatamente contro la stessa, come conseguenza si ha che la incostituzionalità del decreto adottato senza intesa è “meramente rifless[a]”, e che “la censura [di esso per] violazione del principio di leale collaborazione «denuncia

¹⁸ La Corte ha fatto ricorso alla consueta massima per cui le “procedure collaborative tra Stato e Regione, che la ricorrente lamenta violate, non rilevano nel sindacato di legittimità degli atti legislativi [...], salvo che l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione”, pure in un caso in cui le norme di un decreto legge, poi convertito, sono state ritenute esercizio (anche) di potere sostitutivo *ex art. 120 Cost.* (sent. 233/2019, punto 5.4). Il rigetto della questione avrebbe forse richiesto qualche approfondimento, se si considera che il rispetto del principio di leale collaborazione è imposto dallo stesso art. 120 Cost., e che l'art. 8 l. 5 giugno 2003, n. 131, al quale la Corte si appoggia nel dire che l'esercizio del potere sostitutivo statale “può estrinsecarsi anche attraverso l'adozione di atti normativi”, articola il principio con più moduli procedimentali, tra i quali la partecipazione alla seduta governativa del Presidente della Giunta della Regione interessata; né si può trascurare che, proprio in considerazione della necessità del coinvolgimento della Regione sostituita, una parte della letteratura nutre dubbi sulla ammissibilità costituzionale di una sostituzione anche legislativa nei confronti delle Regioni (v. C. MAINARDIS, *Commento all'art. 120 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, pp. 2391 ss.; in argomento v. anche G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 883 ss.).

¹⁹ Qui, e altrove, il riferimento alla legge delega comprende anche altre fonti primarie, che in generale stabiliscono limiti ulteriori di carattere procedurale, a carico dei decreti legislativi che intervengano in talune specifiche materie: v. ad es. l'art. 14, comma 4, l. 400/1988, l'art. 2, comma 3, d.lgs. 281/1997, e l'art. 31, comma 3, l. 234/2012 (in letteratura v. M. MALO, *Commento all'art. 76 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2008, pp. 702 ss. e 705).

in realtà un vizio che concerne direttamente ed immediatamente la norma di delega» (sentenza n. 261 del 2017)²⁰: così la sent. n. 198 del 2018²⁰.

Si può quindi dire che per la Corte il procedimento di formazione del decreto delegato è un procedimento a disciplina necessariamente espressa e chiusa. Più precisamente, la leale collaborazione, per vincolare alla intesa Stato-Regioni, deve concretizzarsi in una disposizione espressa della legge di delega; disposizione che può essere dettata dal Parlamento, oppure introdotta dal giudice costituzionale mediante una sentenza additiva²¹.

Ciò non toglie, peraltro, che il principio sia comunque invocabile a sostegno di una determinata interpretazione di una disposizione ordinaria che regoli l'*iter* del decreto legislativo: ad esempio per argomentare che la delega vincola a prendere in considerazione in un certo modo il contenuto di un parere²², oppure impone o consente un dato ordine nella acquisizione dei pareri, quando ne siano previsti più di uno²³; ma da solo il principio costituzionale non obbliga il Governo a intese (o pareri) con le Regioni.

La relazione così delineata tra principio cooperativo e *iter* del decreto ha una implicazione pratica di rilievo: poiché la legge di delega, che si assuma non avere previsto la previa intesa in conferenza sul decreto, può essere impugnata dalle Regioni in via principale entro il termine consueto dell'art. 127 Cost., in caso di mancata impugnazione le stesse Regioni - stante il carattere perentorio del termine - non potranno eccepire la incostituzionalità della legge nel corso di un giudizio che riguardi invece il decreto legislativo, sollecitando la Corte a sollevare la questione davanti a se medesima²⁴.

Nel far valere la regola processuale dell'art. 127 Cost. anche con riferimento a ricorsi aventi ad oggetto delegazioni anteriori alla sentenza n. 251, la Corte conferma che la "novità" del 2016 non vale solo per le leggi di delega approvate posteriormente, ma pure per quelle passate; la contestazione di queste ultime ad opera delle Regioni è però oggi preclusa, per l'oramai avvenuto decorso del termine di impugnazione. Il vizio, che si assume colpisca la legge per il modo come

²⁰ Punto 3.4.3; della sent. 261/2017 è richiamato il punto 6.2.4.

²¹ Sent. 198/2018, punti 3.3.1 e 3.3.3.

²² Sent. 198/2018, punto 22.1 (ove si precisa che dal principio di leale collaborazione non discende l'obbligo per il Governo di recepire tutte le richieste avanzate dalle Regioni in conferenza permanente).

²³ Sent. 198/2018, punto 3.3.3, sul significato da attribuire alle scansioni procedurali disposte dall'art. 31, comma 3, l. 234/2012, dall'art. 1, commi 1 e 3, l. 114/2015, nonché dall'art. 2, comma 3, d.lgs. 281/1997.

²⁴ Sent. 261/2017, punti 6.2.4 e 6.2.4.1; sent. 198/2018, punti 3.4-3.4.3 e punti 22-22.1. In precedenza, nel senso che una Regione non possa censurare la norma del decreto delegato che richiama e ripete la prescrizione della legge delega, se questa non è stata impugnata nei termini, v. sent. 206/2001, punti 19-20.

ha disciplinato l'*iter* del provvedimento delegato, può invece essere sempre fatto valere in via incidentale, e senza preclusioni temporali: la giurisprudenza riconosce che “il giudice a quo non incontra limitazioni sotto il profilo della legittimazione a sollevare questioni relative al riparto delle competenze di natura legislativa”²⁵.

Se quella appena ricostruita è la posizione della Corte quando affronta in modo esplicito la questione, tutta altra impostazione è invece implicitamente assunta dalla recente sent. n. 35 del 2021. In via incidentale era stata sollevata questione su norma di un decreto legislativo, la quale, nella prospettazione del rimettente, rientrava sia in materia esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost.), sia in materia concorrente (art. 122, comma 1, Cost.), senza che si potesse operare un giudizio di prevalenza; e il vizio fatto valere consisteva nella lesione del principio di leale collaborazione, in quanto il decreto legislativo era stato adottato senza intesa con il sistema regionale, come invece sarebbe stato richiesto seguendo le statuizioni della sentenza n. 251. La Corte decide nel senso della non fondatezza, riconducendo la disposizione impugnata alla materia “ordine pubblico e sicurezza”; in tal modo essa mostra però di accogliere la premessa che il principio di leale collaborazione vincola il Governo in via immediata, di per se stesso²⁶. Ritenere necessaria la intermediazione della legge di delega sembra invece preferibile, sia per esigenze di certezza in ordine ai requisiti procedurali richiesti per la validità delle fonti primarie, sia soprattutto perché - se si ritiene di tenere ferma davvero la *ratio* della sent. n. 251 del 2016 - altro è operare il giudizio di prevalenza sulle disposizioni della delega, altro è operarlo su singole disposizioni di un decreto delegato.

Con questo, si arriva ad un secondo profilo problematico del tema. Presupposto per la necessità di una intesa Governo - Regioni nello svolgimento della delega è che si verta, come è noto, in una ipotesi di “concorrenza di competenze”. Nella decisione del 2016 la concorrenza di competenze è stata affermata (o negata) in relazione a vasti blocchi di discipline, così come descritte e perimetrare dalla legge di delega, che era oggetto del giudizio; non si sono prese in considerazione norme dei decreti delegati, non tanto perché non impugnate (e in parte non ancora

²⁵ Sent. 170/2019, punto 4.5, con richiamo della sent. 126/2018 (punti 5, 7.2 e 7.3) e della sent. 280/2016 (al punto 2 si trova la affermazione di principio, mentre nel caso specifico la censura è stata ritenuta per altri motivi inammissibile). V. anche la sent. 232/2006, con la quale la Corte, investita della questione in via incidentale, ha dichiarato la incostituzionalità di una disposizione della Regione Trentino - Alto Adige, in quanto rientrante in materia attribuita alle due Province autonome.

²⁶ V. punti 2 ss.; si noti che il tema del possibile rilievo delle norme procedurali poste dalla delega doveva essere presente alla Corte, in quanto la parte privata costituita in giudizio aveva chiesto l'annullamento della disposizione censurata dal giudice *a quo*, «all'occorrenza unitamente all'art. 1, commi 63 e 64, della l. n. 190/2012» (punto 2 del “Ritenuto in fatto”).

esistenti), quanto piuttosto perché, nella logica della decisione, il vizio era in tesi riferibile direttamente alla legge, contro la quale proprio per questo si ammetteva il ricorso immediato da parte delle Regioni. Basti rileggere le considerazioni svolte dalla Corte sull'art. 18 l. 124/2015, contenente la delega per il riordino delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche: si assume che l'intervento del legislatore statale "coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali. Tale intervento coinvolge anche profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale"; e quindi, riscontrato un caso di "concorrenza di competenze", la delega viene dichiarata incostituzionale anche con riferimento a norme dell'art. 18, le quali - isolatamente considerate - sono riconducibili a competenze statali, come l'ordinamento civile o la tutela della concorrenza (lett. *a*), lett. *b*), lett. *c*), ad esempio)²⁷.

L'impianto della sentenza non dovrebbe stupire. Già nel vigore dell'originario Titolo V gli studiosi più acuti avvertirono che lo Stato, pur nell'esercizio di attribuzioni proprie ("esclusive", diremmo oggi), deve tenere conto delle competenze legislative regionali che ne risultano incise²⁸; e dopo il 2001 talora la Corte stessa, constatato che leggi statali riconducibili a una competenza esclusiva - come ad esempio l'ordinamento penale - potevano ora rafforzare ora inibire scelte regionali afferenti a potestà concorrenti o residuali, ne ha tratto "l'esigenza che l'esercizio della potestà statale in materia penale sia sempre contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, non soltanto in ossequio al criterio della extrema ratio [...] della repressione criminale, e ha aperto così lo spazio per uno scrutinio della norma penale condotto tenendo conto pure della corrispondente compressione delle competenze delle Regioni²⁹. A maggior forza, non è quindi eccentrico che, nel caso di "concorrenza di competenze" nella legge delega, si esiga la intesa in conferenza nel corso del procedimento di formazione dei decreti

²⁷ Sent. 251/2016, punti 7-7.1.

²⁸ L. PALADIN, *Il problema delle sanzioni nel diritto regionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, pp. 392 ss.

²⁹ Sent. 185/2004, punto 2. Come detto nel testo, per la sentenza n. 185 la legislazione penale deve tenere conto delle potestà legislative non solo concorrenti, ma anche residuali delle Regioni. La affermazione va segnalata, e meriterebbe un approfondimento, perché il rapporto da instaurare tra materie esclusive statali e materie concorrenti regionali, le une e le altre nominate in elenchi, non necessariamente è lo stesso che si pone tra materie statali elencate e "materie" regionali innominate.

delegati, anche quando questi contengano poi norme di sicura competenza statale; del resto, si ricorderà che la mancata intesa è sempre superabile unilateralmente dal Governo.

La medesima impostazione della sentenza n. 251 sorregge decisioni successive al 2016. Ad esempio, nella sent. 170/2019, scrutinando una previsione di delega (che il giudice aveva censurato in via logicamente principale, per quanto unitamente alle disposizioni del decreto delegato rilevanti nel giudizio *a quo*), la Corte esamina se sia sufficiente il modulo collaborativo del parere previsto dal Parlamento, o se occorre invece la intesa, senza considerazioni relative al decreto legislativo, e in particolare senza guardare se le singole disposizioni di questo ricadevano in materie esclusivamente o prevalentemente statali³⁰.

Ma tale orientamento coesiste con uno diverso, ad esemplificazione del quale può valere la sent. 161/2019: esaminando (sia pure in modo irrituale³¹) la censura di costituzionalità di una legge delega, per avere questa previsto nel procedimento di formazione del decreto delegato il solo parere della conferenza Stato - Regioni³², la Corte scinde in due la questione di costituzionalità, in relazione a due distinti blocchi normativi del decreto legislativo impugnato. In un caso ritiene non fondata la questione sulla norma di delega, perché il decreto legislativo *in parte qua* è ascrivibile ad una competenza esclusiva dello Stato (*ex art. 117, comma 2, lett. r*),

³⁰ Sent. 170/2019, punto 5.4, la quale non ha ravvisato una ipotesi di “concorrenza di competenze” nella delega a riordinare le forze di polizia, consentendo in particolare di sopprimere il corpo forestale dello Stato: l’art. 8, comma 1, lett. a), l. 124/2015, è stato ricondotto, con motivazione molto puntuale, alle materie di cui alla lett. g) e alla lett. b) dell’art. 117, comma 2, Cost.

³¹ Nel 2016 la Regione Veneto aveva impugnato, tra gli altri, l’art. 15, commi 1, 2, lett. d), e 5, l. 28 luglio 2016, n. 154, assumendo che la delega violasse (anche) il principio di leale collaborazione, essendo stato previsto, nel configurare l’*iter* di adozione del decreto legislativo, solo il parere della conferenza Stato - Regioni; per questa parte la Corte, con la sent. 139/2018, dichiarò il ricorso inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, ritenendo che il termine di esercizio della delega fosse inutilmente spirato. In realtà, il termine era stato prorogato *ex lege* di tre mesi, per effetto dell’art. 15, comma 5, l. 154/2016, e la delega era stata esercitata con il d. lgs. 21 maggio 2018, n. 74. Anche contro il decreto legislativo si appuntano le censure della stessa Regione, la quale chiede di estendere il giudizio, “ove necessario”, alla legge di delega, se del caso con rimessione nei termini di cui all’art. 127 Cost., o previa revocazione della sent. 139/2018; ed è nel giudizio sul decreto legislativo che la sent. 161/2019 si occupa della costituzionalità della legge delega (per i profili processuali qui accennati v. F. PACINI, *Ancora su “limiti ulteriori” e delegazione legislativa, con un ospite scomodo (ma interessante): la richiesta di revocazione di una precedente pronuncia della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 1712 ss.).

³² V. art. 15, comma 5, in relazione al precedente comma 2, l. 28 luglio 2016, n. 154.

Cost.)³³. In relazione ad altra parte della normativa delegata, la Corte invece ritiene in effetti sussistente una “concorrenza di competenze”, la quale richiede la intesa con la conferenza; ma ritiene anche che, nonostante la delega chiedesse il parere, “nell’iter di formazione del decreto legislativo, il Governo ha, in concreto, fatto ricorso al procedimento di intesa [...], non in modo meramente nominalistico”: i contatti e le interlocuzioni che si sono avuti tra Governo e Regioni depongono invero “per il superamento del modulo del mero parere, tramite un dialogo che va oltre, per flessibilità e bilateralità, il rigido schema della sequenza coordinata di atti unilaterali”³⁴.

Lo schema decisionale ora esemplificato contraddice la logica della sentenza n. 251, per la quale la lesione delle competenze regionali si ha immediatamente con la legge di delega, perché interviene in una pluralità di materie non districabili, senza prevedere un adeguato strumento collaborativo nella formazione del decreto³⁵. Questo diverso argomentare muove invece dalla considerazione del contenuto del decreto delegato, e da esso risale alla valutazione della legittimità della delega; il che, però, ad essere coerenti, dovrebbe condurre a ritenere che la delega non sia immediatamente impugnabile, ma che lo sia solo unitamente al decreto legislativo, e solo per il caso in cui la delega sia stata esercitata con norme tali da concretizzare una “concorrenza di competenze”, potendo invece darsi che il compito affidato dal Parlamento sia stato svolto con norme integralmente riconducibili a competenze dello Stato. Censurare congiuntamente legge delega e decreto legislativo è però possibile solo da parte dei giudici comuni; per le Regioni, infatti, al momento in cui si accingessero ad impugnare le disposizioni delegate, salvi casi eccezionali sarà già scaduto il termine posto dall’art. 127 Cost. per il ricorso contro la delega. Se così è, a tutela della loro posizione occorrerebbe pensare ad una impugnazione tempestiva della legge delega, condizionata alla circostanza che il decreto delegato non tocchi (solo o “in prevalenza”) materie statali³⁶; oppure a una rimessione in termini per la impugnazione della legge delega,

³³ Sent. 161/2019, punti 6-6.1, in relazione al precedente punto 4.2.

³⁴ Sent. 161/2019, punto 6.2. Da notare che il preambolo del d. lgs. 21 maggio 2018, n. 74 (“Riorganizzazione dell’Agenzia per le erogazioni in agricoltura - AGEA e per il riordino del sistema dei controlli nel settore agroalimentare, in attuazione dell’articolo 15, della legge 28 luglio 2016, n. 154”) ricorda “la mancata intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano nella seduta dell’11 gennaio 2018”, mentre non dà atto di pareri ottenuti o almeno richiesti.

³⁵ Da ricordare che le dichiarazioni di incostituzionalità della sent. 251/2016 riguardano singole disposizioni di delega, nella parte in cui prevedono che siano adottati previo parere anziché previa intesa “i relativi decreti legislativi attuativi”, senza alcuna condizione o limitazione concernente il contenuto dei provvedimenti delegati.

³⁶ In certi casi, nella pratica la Regione potrebbe intraprendere la via dell’impugnativa della legge anche solo per sentirsi dire dalla Corte che la delega non tocca materie regionali,

motivata con il rilievo che la lesione delle attribuzioni regionali si è manifestata in un secondo tempo, con il decreto delegato. Non dovrebbe essere difficile convenire che si tratterebbe di rimedi artificiosi; e che più lineare sarebbe escludere la immediata impugnabilità della delega, in quanto non lesiva³⁷, ed ammettere che la eventuale violazione del principio di leale collaborazione, per mancato o non adeguato coinvolgimento regionale nel procedimento di formazione del decreto legislativo, possa essere fatta valere direttamente a carico dell'atto del Governo, indipendentemente dalle prescrizioni procedurali della legge del Parlamento.

Da notare che una oscillazione analoga a quella appena evidenziata continua a registrarsi, anche dopo il 2016, in ordine alla questione diversa, ma vicina, della legittimazione delle Regioni a fare valere la violazione dell'art. 76 Cost. da parte di decreti legislativi che non abbiano osservato i limiti ulteriori posti liberamente dalla legge delega, in relazione ad interventi normativi che non concretizzano una "concorrenza di competenze". Da un lato la Corte ritiene ancora che le Regioni siano legittimate a censurare la violazione dei vincoli procedurali che le prendono in considerazione, in relazione ai settori di disciplina indicati dalla legge, prima e indipendentemente dalla verifica se le singole norme del decreto legislativo siano o meno riconducibili a competenze regionali: così è, ad esempio, nella sent. 198/2018, con riguardo all'art. 2, comma 3, d. lgs. 281/1997³⁸. D'altro lato, si hanno decisioni che, anche quando scrutinano per primi supposti vizi procedurali del decreto legislativo, che importano violazione dell'art. 76 Cost., hanno premura di precisare che, comunque, "la legittimazione all'impugnazione e la valutazione della ridondanza, quando il decreto delegato incida su molteplici competenze attribuite sia allo Stato sia alle Regioni e nel caso in cui il vizio denunciato risulti sussistente, vanno poi verificate con riguardo alle singole norme dello stesso, allo scopo di stabilire se e quali di queste ledano attribuzioni regionali"³⁹; con il che la Corte sostituisce la valutazione operata dal legislatore circa la *opportunità* del coinvolgimento regionale con la propria valutazione circa la *doverosità costituzionale* del coinvolgimento medesimo, e privilegia il Governo, resistente in

e ottenere così una pronuncia della quale avvalersi contro il decreto legislativo che in quelle materie invece sconfini.

³⁷ Non lesiva per il profilo considerato, attinente alla disciplina dell'*iter* di formazione del decreto legislativo.

³⁸ Sent. 198/2018, punti 13.3 e 13.4 (la disposizione di rango legislativo che fa corpo con la delega non lascia dubbi sul fatto che le Regioni devono essere sentite in relazione all'esercizio di competenze che interferiscono con le loro attribuzioni, ma che comunque rimangono statali).

³⁹ Sent. 261/2017, punto 5.2.2 (v. anche punto 3.1).

un giudizio promosso dalle Regioni, contro il Parlamento, che ha posto il limite procedurale.

4. La sent. n. 169 del 2020: verso un abbandono della *ratio decidendi* del 2016?

Il quadro delineato, già non del tutto coerente, è ora alterato dalla sent. n. 169 del 2020, resa in giudizi incidentali.

Davanti al TAR del Lazio è impugnato, da vari soggetti, il provvedimento ministeriale di rideterminazione del numero delle camere di commercio, adottato nel 2018 in esecuzione dell'art. 3 d. lgs. 25 novembre 2016, n. 219 ("Attuazione della delega di cui all'articolo 10 della legge 7 agosto 2015, n. 124, per il riordino delle funzioni e del finanziamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"). E' da ricordare subito che, mentre il testo originario del decreto legislativo richiedeva il coinvolgimento del sistema regionale nella forma del parere della conferenza Stato - Regioni, a seguito della sentenza n. 261 del 2017, di parziale incostituzionalità dell'art. 3 d.lgs. 219/2016, il provvedimento del ministro doveva essere adottato "previa intesa" con la conferenza; e una intesa risulta in fatto essere stata ricercata, per quanto poi il Governo, nella constatata impossibilità di raggiungerla, abbia provveduto unilateralmente, superando il dissenso secondo quanto previsto dall'art. 3 d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281⁴⁰.

Il Tribunale amministrativo, con più ordinanze, solleva questione sia sull'art. 3 del decreto legislativo, sia sull'art. 10 della legge di delega. La seconda disposizione è impugnata per avere previsto sul decreto legislativo solo il parere della conferenza, mentre - nella prospettazione del rimettente - il principio di leale collaborazione avrebbe imposto una intesa, in quanto la delega interveniva su un insieme di materie, riconducibili a competenze statali e regionali, senza che fosse possibile individuarne una con carattere di prevalenza. La incostituzionalità dell'art. 3 del decreto legislativo sarebbe poi derivata, per il TAR, dalla incostituzionalità della legge.

Con la sentenza n. 169 la Corte riconosce che la delega sulle camere di commercio tocca effettivamente una pluralità di materie non districabili, e che si versa quindi in un caso di "concorrenza di competenze"⁴¹; ma da ciò non fa derivare la incostituzionalità dell'art. 10 l. 124/2015. La motivazione sviluppa in

⁴⁰ Sent. 169/2020, punto 5.3; per questi profili della vicenda e della sentenza n. 169 v. S. AGOSTA, *L'intesa Stato-Regioni e l'effetto di marea della sent. n. 251/2016 (a margine della recente giurisprudenza sul riordino delle Camere di commercio)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2020, pp. 319 ss. Per la lettura della sent. 261/2017 nel senso che la intesa da essa introdotta doveva intendersi come intesa forte, quantomeno nei confronti delle Regioni ad autonomia speciale, v. invece S. BARTOLE, *Intrecci di competenze*, cit., pp. 2803 ss.

⁴¹ Punto 4: riconoscimento necessitato, dopo le sentt. 86/2017, 261/2017, 225/2019.

proposito due argomenti: per il primo, “[n]on è venuto meno, [...], in tutto il procedimento che ha portato alla riforma del sistema delle camere di commercio, il confronto del Governo con le autonomie territoriali. A questo risultato ha contribuito la sentenza di questa Corte n. 261 del 2017 che, come dianzi ricordato, dichiarando la illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 216 del 2019, su ricorso di diverse Regioni, ha stabilito che il decreto ministeriale fosse adottato non previo parere bensì previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni”⁴²; per il secondo, “la eventuale dichiarazione di illegittimità derivata dell’art. 3 del d.lgs. n. 216 del 2019 porterebbe a sindacare la medesima disposizione normativa due volte per violazione del medesimo principio: “a valle” perché non ha previsto, nella attuazione tramite decreto ministeriale, un adeguato coinvolgimento delle autonomie regionali, “a monte” perché non concertata con le Regioni prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo”⁴³. La Corte aggiunge come sia “ben vero che, sul piano formale, l’oggetto normativo (attinente all’intero art. 3 d.lgs. n. 219 del 2016 e non al solo comma 4, relativo al procedimento di adozione del decreto ministeriale), è più ampio rispetto alla disposizione già dichiarata incostituzionale. Se si considera però il profilo complessivo dell’asserito vizio di legittimità costituzionale, non sfugge il pericolo che questa Corte arriverebbe a sindacare per due volte il medesimo procedimento legislativo per violazione dello stesso principio”⁴⁴.

Gli argomenti spesi a sostegno della non fondatezza appaiono poco convincenti. Non persuade anzitutto quello che sembra fare appello ad una sorta di *ne bis in idem*. La dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 10 della delega, nella parte in cui non ha previsto la intesa in conferenza Stato - Regioni, prima della adozione del decreto legislativo, sarebbe avvenuta, se si fosse seguito l’insegnamento della sent. n. 251 del 2016, per violazione del principio di leale collaborazione⁴⁵, e avrebbe introdotto un “limite ulteriore” nella legge delega; in via logicamente successiva, la dichiarazione di invalidità dell’art. 3 del decreto legislativo n. 219 sarebbe stata poi fondata sulla violazione dell’art. 76 Cost. (e non sulla lesione della leale collaborazione), per non avere il Governo rispettato il

⁴² Sent. 169/2020, punto 5.1.

⁴³ Sent. 169/2020, punto 5.3.

⁴⁴ Sent. 169/2020, punto 5.3.

⁴⁵ Quale che ne sia il fondamento in Costituzione: sulla scia di pionieristici studi precedenti, S. BARTOLE, *Intrecci di competenze*, cit., pp. 2801 ss., ragiona di una “norma implicita al nostro ordinamento desumibile in via di interpretazione sistematica del testo della Carta”; altri cerca del principio una specifica base testuale, quale può essere l’art. 5 Cost. (G. RIVOSECCHI, *La leale collaborazione nelle procedure legislative*, cit., pp. 3 ss.).

vincolo procedimentale risultante dalla delega⁴⁶. Diversamente, la pronuncia n. 261 del 2017 ha avuto ad oggetto il solo art. 3 del decreto legislativo, parzialmente annullato perché in contrasto con il principio di leale collaborazione (e non per violazione dell'art. 76 Cost.).

La questione decisa nel 2017 era dunque diversa, per oggetto e parametro, dalle due questioni sollevate dal TAR Lazio nel 2019; e spia che invece le questioni sono state confuse è anche qualche passaggio testuale della sentenza n. 169: così, il rifiuto, da parte della Corte, di sindacare due volte per la “violazione del medesimo principio” [di leale collaborazione] è riferito ora alla “medesima disposizione normativa”, ora al “medesimo procedimento legislativo”⁴⁷.

In effetti, l'accoglimento di una assai ampia nozione di procedimento attuativo della delega è centrale nell'altra motivazione portata dalla Corte: “[l]’adeguatezza del coinvolgimento regionale, [...] lungi dall'imporre un rigido automatismo, abbraccia necessariamente un orizzonte ampio, offerto dall'intero procedimento innescato dal legislatore delegante”⁴⁸. Secondo la sentenza n. 169, il principio di leale collaborazione può dirsi rispettato quando è riscontrabile un “adeguato” coinvolgimento regionale, prendendo però in considerazione l'intero “procedimento” riformatore: quello che si inizia dalle norme della legge di delega, si sviluppa nella decretazione delegata, si dettaglia eventualmente nella disciplina regolamentare, e si conclude con provvedimenti amministrativi. E la questione sollevata dal TAR Lazio sulla disposizione di delega della legge n. 124/2015 non è fondata, perché il decreto legislativo, come risultante dalla sentenza del 2017, ha previsto il coinvolgimento delle Regioni - mediante lo strumento della intesa - nel provvedimento di puntuale rideterminazione del numero delle camere di commercio.

Neanche questo argomento convince. E' vero che strumenti di leale collaborazione possono inserirsi lungo tutta la filiera degli atti che - nell'insieme - valgono a delineare, a definire, ad attuare una determinata politica pubblica; ma è pur vero che, tanto più a valle si colloca l'intervento delle Regioni, tanto più si restringe lo spettro delle scelte ancora da compiersi, sul quale esse possono influire.

⁴⁶ Per la applicazione del criterio secondo cui la mancata consultazione delle Regioni (o della Regione direttamente interessata), quando prevista dalla legge delega, determina la invalidità del decreto legislativo per violazione dell'art. 76 Cost., v. sent. 206/2001, punti 15-16; sent. 110/2001, punti 2-3. Per la sottolineatura che, nel caso della legge delega il principio di leale collaborazione si concretizza in una regola avente ad oggetto il “successivo procedimento legislativo di formazione della fonte delegata”, v. la sent. 44/2018, punto 6.

⁴⁷ Sent. 169/2020, punto 5.3.

⁴⁸ Sent. 169/2020, punto 5.2; in argomento, con osservazioni sostanzialmente adesive, S. AGOSTA, *L'intesa Stato-Regioni e l'effetto di marea*, cit., pp. 324 ss.

Per esemplificare: l'art. 3 d.lgs. 219, nel demandare al ministro la riduzione degli enti camerali, ha definito in termini ampi il perimetro del riordino: il quale doveva riguardare la fissazione del numero delle camere di commercio, la razionalizzazione delle sedi, la alienazione di parte del patrimonio immobiliare, il modo di gestione dei beni, la riduzione delle aziende speciali, il riassetto degli uffici e del relativo personale. Per il principio di leale collaborazione, e a seguito della sent. 261/2017, ai fini della adozione del decreto era sì richiesta la previa intesa in conferenza, ma il provvedimento ministeriale rimaneva ovviamente vincolato al rispetto della normativa contestualmente posta dallo stesso art. 3. Qualora invece l'intesa fosse stata (resa) necessaria sul testo del decreto legislativo, si sarebbe potuto avere un art. 3 dal contenuto anche radicalmente diverso⁴⁹.

La motivazione della Corte è poi difficilmente conciliabile con il prevalente orientamento assunto dallo stesso giudice in ordine al rapporto tra (eventuali) vizi della legge di delega e provvedimento legislativo conseguente. In passato, nel definire un giudizio su norme di delegazione, la Corte - rinviando a successiva pronuncia lo scrutinio del decreto di attuazione, che risultava già emanato ed impugnato al momento della decisione - ha precisato che “la sopravvenuta normativa delegata non [è], neppure in linea teorica, idonea a superare un eventuale vizio di costituzionalità che dovesse inficiare le norme di delega: se queste ultime consentono di attuare la delega in senso conforme a Costituzione, con ogni evidenza il vizio non sussiste, poiché ogni dubbio in proposito può e deve

⁴⁹ Per misurare le potenzialità di una intesa sul testo di un decreto legislativo, si possono mettere a confronto la versione originaria del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”), e il testo dello stesso, quale innovato dal d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100, deliberato “previa intesa”, dopo la dichiarazione di incostituzionalità della corrispondente norma di delega (che prevedeva il solo parere), pronunciata dalla sent. 251/2016 (particolarmente significative, ad es., le due versioni dell'art. 3, sul campo di applicazione della nuova disciplina, e sui limiti alle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni). Per un altro esempio si possono vedere le due versioni, pre- e post-intesa in conferenza, del d. lgs. 4 agosto 2016, n. 171, che ha attuato la delega della l. 124/2015 in materia di dirigenza sanitaria. Del resto, già a commento della sentenza n. 251, si è notato come per effetto di essa “l'impianto della legge delega rimane salvo, ma la condivisione con le Regioni e gli Enti locali deve assicurare un loro più effettivo coinvolgimento, già in sede di emanazione dei decreti legislativi, anziché al momento dell'adozione degli atti amministrativi o regolamentari attuativi”: M. GORLANI, *La Corte anticipa la tutela*, cit., pp. 2238 e 2243. Per converso, occorre ricordare che, riconosciuta la inestricabile concorrenza di competenze Stato - Regioni nella legge delega, ed essendo la eventuale mancata intesa in conferenza sul contenuto del decreto sempre superabile dal Governo, alla fonte statale si finisce con il riconoscere la possibilità di disciplinare anche settori materiali che, ove separatamente considerati, sarebbero invece di competenza regionale (v. G. RIVOSECCHI, *La leale collaborazione nelle procedure legislative*, cit., p. 19).

essere superato attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge di delega; se, viceversa, la delega non rende in alcun modo praticabile una soluzione normativa costituzionalmente legittima, anche l'eventuale esercizio di essa in forma compatibile con il dettato costituzionale sarebbe contrario all'art. 76 Cost. e certamente non farebbe venir meno l'originario vizio in cui fosse incorso il delegante⁵⁰. Del resto, si è già notato come sia proprio la autonomia della delega a consentire la immediata impugnabilità delle norme lesive delle attribuzioni regionali: su tale assunto è fondata la sent. 251/2016, alla quale in più passaggi la sent. n. 169 del 2020 fa riferimento⁵¹. Non si comprende, allora, come una disposizione delegata conforme nel contenuto a Costituzione (se del caso: resa conforme a Costituzione mediante una sentenza della Corte), possa influire sulla validità della legge di delega. Se questa è illegittima, per non avere previsto la intesa in conferenza nel procedimento che conduce alla emanazione del decreto delegato (e la sentenza n. 169 non nega che così possa accadere), è del tutto irrilevante che il decreto legislativo imponga il coinvolgimento delle Regioni ai fini della adozione degli atti amministrativi di attuazione dallo stesso previsti e disciplinati; a ritenere il contrario si dovrebbe ragionare di una inedita sorta di sanatoria.

La Corte, lo si è accennato, si premura di inserire la sentenza n. 169 nel solco tracciato dal *leading case* della sent. n. 251 del 2016. La quale - ricorda ora la Consulta - aveva precisato che, «[n]el seguire le scadenze temporali entro cui esercita la delega, [...] il Governo può fare ricorso a tutti gli strumenti che reputa, di volta in volta, idonei al raggiungimento dell'obiettivo finale. Tale obiettivo consiste nel vagliare la coerenza dell'intero procedimento di attuazione della delega, senza sottrarlo alla collaborazione con le Regioni» (sentenza n. 251 del 2016)". E sarebbe poi questa la ragione per cui la decisione del 2016 "ha escluso la immediata estensione del vizio di illegittimità costituzionale ai decreti delegati [...], chiarendo come la sua eventuale trasmissione debba di volta in volta accertarsi «alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione». Il riferimento alle «soluzioni correttive» che il Governo avrebbe potuto adottare nell'esercizio della sua discrezionalità politica implica, quindi, al fine del necessario coinvolgimento delle autonomie regionali, una ampia congerie di strumenti idonei a soddisfare l'esigenza di un leale confronto con le istituzioni territoriali"⁵².

Una piana lettura del passo richiamato per primo mostra però che la decisione del 2016 per "intero procedimento di attuazione della delega" intendeva la

⁵⁰ Sent. 278/2010, punto 11.

⁵¹ E solo con la immediata impugnabilità della delega si spiega perché, come sopra riportato, le Regioni non possano eccepirne la incostituzionalità in un diverso giudizio riguardante il decreto legislativo.

⁵² Sent. 169/2020, punto 5.2.

adozione e la emanazione dell'insieme dei più decreti legislativi, che si possono avere quando “la delega legislativa si riferisce ad una pluralità di oggetti distinti suscettibili di separata disciplina” (secondo le parole dell’art. 14, comma 3, l. 400/1988, testualmente riportate al punto 3 della motivazione di quella sentenza). Quanto poi al riferimento alle “soluzioni correttive”, il contesto argomentativo nel quale è inserito mostra che con esso si alludeva ai possibili strumenti per rimediare al vizio di tipo procedurale nel quale il Governo fosse incorso nell’adottare il decreto legislativo⁵³: “soluzioni” alla fine ridotte ai decreti integrativi e correttivi dei decreti-base, in effetti adottati “previa intesa” in conferenza, dopo la sentenza n. 251⁵⁴. Lo stesso parere n. 83/2017 del Consiglio di Stato, che la Corte porta a sostegno della propria posizione, non ipotizzava altre soluzioni, che fossero nella

⁵³ In termini più larghi, la riserva della Corte poteva anche lasciare aperta la possibilità di una verifica in concreto dei comportamenti tenuti da Governo e Regioni, all’esito della quale eventualmente concludere che lo schema procedimentale in fatto seguito era stato quello della intesa, e non quello del mero parere, testualmente richiesto dalla delega; con la conseguenza che il decreto legislativo si sarebbe dovuto considerare *ab origine* valido, e non dapprima viziato e poi “corretto”. Per una applicazione di questo criterio di giudizio, sia pure in un caso affatto peculiare, v. la già richiamata sent. 161/2019, punto 6.2. Contro la possibilità della valorizzazione del comportamento in concreto tenuto da Governo e Regioni non gioverebbe ricordare che la sent. 87/2018, punti 4.1, 4.2 e 4.3, ha annullato una norma che, nel prevedere un decreto interministeriale per la determinazione dei fabbisogni regionali al fine del riparto del fondo statale per borse di studio, richiedeva il solo parere della conferenza, in luogo della intesa, nonostante che - in fatto - il decreto già adottato al momento del giudizio fosse stato preceduto da una intesa; la norma dichiarata incostituzionale era invero suscettibile di ulteriore applicazione, attraverso la adozione di nuovi provvedimenti interministeriali (in senso parzialmente analogo v. la sent. 137/2018, punto 3.2). La questione richiede tuttavia ben altro approfondimento, anche alla luce di indicazioni giurisprudenziali di segno diverso (ad es., la sent. 56/2019, punto 4.3, valorizza il procedimento in concreto seguito nella adozione di un provvedimento amministrativo, ai fini però della dichiarazione di incostituzionalità della legge che per esso prevedeva una diversa scansione procedimentale).

⁵⁴ Delle “soluzioni correttive” di cui alla sent. 251/2016 ragiona anche la sent. 159/2018, punti 2-3, la quale considera a tale proposito rilevante un decreto integrativo. La sent. 61/2020, punto 3.2, menziona i “decreti legislativi adottati dopo aver acquisito l’intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano - al fine di porre rimedio al vizio accertato dalla sentenza n. 251 del 2016”. Anche chi nella sentenza n. 251 ravvisa una contraddizione, tra la dichiarazione di incostituzionalità della delega e la mancata caducazione dei decreti già emanati, per quanto riguarda le “soluzioni correttive” ragiona poi solo della “rinnovazione del procedimento di formazione dei decreti”: G. SCACCIA, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa*, cit., p. 2231.

disponibilità del Governo⁵⁵: i dubbi sollevati, e le alternative considerate, riguardavano piuttosto l'oggetto sul quale si sarebbe dovuta raggiungere l'intesa preliminare con la conferenza, e la efficacia retroattiva o meno dei decreti correttivi⁵⁶; nulla invece si dice nel parere circa la possibilità che il vizio procedimentale dei decreti legislativi già adottati fosse in qualche modo sanato da una norma delegata che prevedesse un "adeguato" coinvolgimento regionale nella successiva attività amministrativa, necessaria a portare a compimento il "disegno riformatore" prefigurato dal Parlamento.

La impostazione della sentenza n. 169 non è compatibile con le premesse della decisione n. 251 del 2016. Se, in presenza di una "concorrenza di competenze", il rispetto del principio di leale collaborazione va verificato con riferimento all'"intero processo di attuazione della delega", comprendendo in tale processo anche le misure amministrative disciplinate dal decreto delegato, allora non è possibile sindacare la legge di delega per non avere essa previsto un adeguato intervento del sistema regionale in vista di una adozione concertata del decreto legislativo. Il che è precisamente quanto ha sostenuto una parte della letteratura a commento critico della sentenza n. 251: la quale, si osserva, avrebbe erroneamente annullato una legge delega "per la mera potenzialità della lesione di prerogative regionali, che potrebbe non verificarsi mai", per una violazione "futura e incerta" della Costituzione⁵⁷.

Difficile fugare il dubbio che la sent. n. 169 del 2020 rappresenti un tassello importante di un orientamento volto a ridimensionare notevolmente, se non ad accantonare, la "novità" recata dalla sentenza n. 251 di quattro anni prima⁵⁸; ed è facile prevedere che la questione della partecipazione regionale ai procedimenti legislativi dello Stato rimarrà ancora incerta, anche nella sola prospettiva della giurisprudenza costituzionale.

⁵⁵ Fatto salvo quindi l'intervento delle Camere, con leggi formali di delega, o di disciplina diretta delle materie interessate (v. Cons. St., comm. spec., par. 17 gennaio 2017, n. 83, punto 9).

⁵⁶ V. punti 5, 6, 8-8.4.

⁵⁷ ANONIMO, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, cit., pp. 705-706.

⁵⁸ Vede invece una sostanziale continuità tra le due decisioni S. AGOSTA, *L'intesa Stato-Regioni e l'effetto di marea*, cit., pp. 322 ss. In una lettura di insieme, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., pp. 81 ss., rilevano una "interpretazione riduttiva" della sentenza n. 251, ad opera della giurisprudenza successiva.

Recensione a Paolo Armaroli, *Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, La Vela, Lucca, 2021, pp. 1-160

TOMMASO EDOARDO FROSINI*

Indice disponibile all'indirizzo: www.edizionilavela.it/prodotto/effetto-draghi/.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

T.E. FROSINI, *Recensione a Paolo Armaroli, Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, *La Vela, Lucca, 2021, pp. 1-160*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli. Indirizzo mail: tefrosini@gmail.com.

Categoria strana quella dei costituzionalisti. Giuristi certo, ma contaminati e condizionati da altre discipline, soprattutto la scienza della politica. Diceva bene il vecchio Carl Schmitt, quando richiamava il “pericolo del Politico”: «A questo pericolo il giurista [...] non può sfuggire neppure scomparendo nel nirvana del puro positivismo. Egli può tutt'al più attenuare tale pericolo o insediandosi in remoti ambiti di confine, mimetizzandosi da storico o filosofo, oppure portando a perfezione estrema l'arte della riserva e del camuffamento».

A ben vedere, il costituzionalista puro non esiste, piuttosto ci sono diversi modi e metodi di fare il costituzionalista: studioso delle istituzioni, della giurisprudenza costituzionale oppure delle libertà e dei diritti. Certo, ci sono, pochi, quelli che fanno come la volpe che sa tante cose piuttosto che come il riccio che ne sa una sola sia pure grande. C'è un tema però che suscita un discreto fascino e nei confronti del quale ben pochi costituzionalisti si sono sottratti allo studio: è il tema della forma di governo. Perché è quello che va dritto al cuore del costituzionalismo: il potere, come organizzarlo e come limitarlo. Inoltre, il tema della forma di governo impone un attento monitoraggio delle cronache costituzionali, di ciò che succede nel mondo delle istituzioni, in Italia e altrove. Bisogna, cioè, essere anche un po' giornalisti, nel senso di seguire le dinamiche della politica senza però farsi tentare troppo dalla vischiosità delle stesse. Si scrive sul funzionamento delle forme di governo osservando il presente ma con gli occhi (e la penna) rivolti al futuro. Si scrive a futura memoria, per così dire.

Il recente libro di Paolo Armaroli, intitolato *Effetto Draghi*, si colloca esattamente nel contesto cui accennavo prima, come anche il precedente, di un anno fa, dedicato a *Conte e Mattarella*. Scrutano, anzi scavano la cronaca politico-istituzionale italiana degli ultimi due anni e mettono in guardia contro le degenerazioni del parlamentarismo e gli effetti distorsivi dei governi, che sono – entrambi – frutto di un periodo emergenziale. Mentre il libro su Conte e Mattarella è già consegnato alla storia delle istituzioni politiche, l'ultimo, dedicato a Draghi, invece, prende spunto dall'attualità istituzionale, con la nascita del governo Draghi, per svelare *la metamorfosi di una Repubblica* (come recita il sottotitolo). Che consisterebbe nel cambiamento di fatto della forma di governo parlamentare, sulla base di una puntuale applicazione del dettato costituzionale. In particolare, l'art. 92, laddove prevede e prescrive che “il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri”. Norma che ha dato adito a tante e diversificate interpretazioni dottrinali.

Si pensi al periodo del maggioritario, laddove la norma veniva letta come se ci fosse un'aggiunta implicita dopo il verbo nomina, e cioè “sulla base del risultato elettorale”. Accentuando così l'aspetto relativo all'investitura elettorale del capo del governo, quale *leader* dello schieramento risultato vincitore nella competizione elettorale. La nomina di Draghi, priva di alcuna designazione non solo elettorale ma soprattutto partitica, fa immaginare ad Armaroli il sorgere di un esecutivo

bicefalo, dei due Presidenti. Addirittura come nella Francia della V Repubblica. Salvo che lì, e non è cosa da poco, il Presidente, l'unico essendo l'altro il Primo ministro, è eletto a suffragio universale.

Certo, il fatto stesso che il governo Draghi viene votato da una larghissima maggioranza (fatta eccezione per i soli Fratelli d'Italia, che rimangono all'opposizione) dimostra come i partiti non abbiano avuto nessun ruolo nella scelta e come invece l'abbiano subita dall'alto del Quirinale. Una spiegazione la fornisce Enzo Cheli nella chiara *Prefazione* al libro, il quale individua il problema «nel rapporto che ormai da tempo contrappone, nelle dinamiche della nostra vita istituzionale, il sempre più precario stato di salute del nostro sistema dei partiti alla notevole stabilità di un impianto costituzionale sottoposto a continue tensioni [...]». Quello presieduto da Mario Draghi è un governo *del* Presidente oppure un governo *con* il Presidente? Se la risposta affermativa fosse la seconda, allora le analogie con il precedente governo Conte si accentuerebbero, come ci ha raccontato proprio Armaroli quando, con il precedente libro, è entrato *sul palcoscenico e dietro le quinte del Quirinale* per svelare la sintonia tra Conte e Mattarella, che si è intensificata specialmente al momento della nomina del Conte *bis*.

Sostiene Armaroli, che Mattarella e Draghi hanno partorito una zebra. Metafora ardita, che potrà piacere ai tifosi juventini ma che tradotta politicamente vuol dire che il governo è bicolore: bianco per la candida presenza dei tecnici alla guida di dicasteri strategici (soprattutto: Economia e Transizione ecologica) e nero per la coabitazione con consumati – “anneriti” – esponenti politici relegati, a ben vedere, alla gestione di ministeri di ridotto indirizzo politico, almeno in questa fase storica (fa eccezione il ministero della salute). Scelti i primi, sicuramente meno i secondi, senza procedere a consultazioni con i partiti. Almeno così si dice. Salvo poi la corsa dei partiti ad accasare i tecnici, come ha provato a fare Beppe Grillo con il ministro della transizione ecologica.

La questione non è tanto la composizione della compagine governativa, d'altronde una “spruzzata” di tecnici non manca mai nei *cocktail* di governo: magari di area, come un po' ipocritamente venivano definiti; infatti, anche nella cd. prima Repubblica erano previsti alcuni esperti, che non fossero espressione del ceto politico. La questione, dal punto di vista della metamorfosi della forma di governo, è il sostegno quasi unanime delle forze parlamentari, facendo così sfumare le differenze politiche tra i vari schieramenti, che comporterà alcune difficoltà nella propaganda politica alla vigilia delle elezioni; nonché l'attività di indirizzo politico del governo tutta protesa alla risoluzione dell'emergenza sanitaria e all'utilizzo strategico del *Recovery Fund*.

Sullo sfondo un'altra questione non meno rilevante: l'ulteriore nomina – dopo Monti, Renzi e Conte – di un *Premier* privo di una legittimazione elettorale, ovvero di una personalità che non solo non ha ricevuto il voto per essere eletto

parlamentare ma soprattutto nominato *Premier* all'insaputa degli italiani, i quali, come nel caso di Giuseppe Conte, non sapevano nemmeno chi fosse. Questo metodo di nomina del Presidente del Consiglio, sempre più invalso nel nostro sistema, segna l'abbandono (definitivo?) della formula maggioritaria con il *Premier* designato dagli elettori sulla base del voto strutturato in senso bipolare. Segna cioè la fine di un processo di responsabilizzazione dell'esecutivo, radicatosi a livello comunale e regionale e interrottosì a livello nazionale, dove il voto del cittadino elettore conta quanto deve contare in un sistema costituzionale fondato sul principio della sovranità popolare. E invece arretriamo, indietreggiamo: così facendo si compie la metamorfosi della forma di governo. In peggio, almeno dal mio punto di vista.

Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*

GIACOMO MENEGUS**

Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 4 del 14 gennaio 2021 e sentenza n. 37 del 12 marzo 2021.

Disponibili agli indirizzi: www.giurcost.org/decisioni/2021/0004o-21.html e www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La legge valdostana e il ricorso governativo. – 3. La sospensione della legge: alcuni nodi problematici. – 4. Una nuova “profilassi internazionale”.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione nella rivista *Le Regioni*.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Macerata.
Indirizzo mail: giacomo.menegus@unimc.it.

1. Introduzione

L'ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4¹, con la quale la Corte costituzionale ha sospeso la legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste n. 11 del 9 dicembre 2020², si segnala per almeno tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, si tratta della prima storica applicazione del potere di sospensiva delle leggi da quando, nel 2003, lo stesso è stato introdotto nei giudizi in via principale³. In secondo luogo, rappresenta la prima occasione in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla normativa emergenziale per la gestione e il contenimento della pandemia da Covid-19⁴, fatta naturalmente eccezione per la decisione di manifesta inammissibilità (n. 175/2020) con la quale è stato respinto uno stravagante ricorso per conflitto tra enti proposto dal CODACONS⁵.

¹ La pronuncia ha attratto sin da subito l'attenzione della dottrina: cfr. A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, pp. 251 ss. (in corso di pubblicazione in *Le Regioni*); E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021; P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2021; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020, pp. 154 ss.; 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, pp. 118 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021, pp. 309 ss.; si v. anche le più brevi note di F. CLEMENTI, *I giudici contro il rischio di un danno grave alla salute*, in *Il Sole24Ore*, 15 gennaio 2021, p. 7; E. JORIO, *L'esordio della Consulta nella sospensione dell'efficacia delle leggi*, in *Astrid Rassegna*, n. 2/2021, 20 gennaio 2021.

² L. r. 9 dicembre 2020, n. 11, recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS- COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste in relazione allo stato di emergenza", in B.U.R. n. 69 del 11 dicembre 2020.

³ V. art. 9, comma 4, l. n. 131/2003, che ha modificato l'art. 35 l. n. 87/1953. Sul tema, oltre alle note e agli articoli citati *infra*, si v. in part. i lavori monografici di A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009; P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma, 2012.

⁴ Lo osserva anche P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare*, cit., p. 6.

⁵ Cfr. Corte cost., ordinanza 29 luglio 2020, n. 175. Il CODACONS aveva promosso conflitto di attribuzioni nei confronti delle Regioni Lombardia e Veneto, in riferimento ai

L'ordinanza, inoltre, chiarisce – con motivazioni poi confermate dalla decisione definitiva⁶ – il controverso riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni rispetto alla gestione della pandemia, assegnandone la titolarità in via esclusiva allo Stato in virtù della competenza statale in materia di «profilassi internazionale» ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost.

Dal momento che gli aspetti principali del potere di sospensiva sono stati diffusamente ricapitolati dalla dottrina che già si è occupata della pronuncia in esame, anche in questa *Rivista*⁷, le brevi osservazioni che seguono si concentreranno solo su alcuni dei profili più controversi di tale potere, emersi in questo specifico frangente. In particolare, ci si riferisce alla nozione del *periculum in mora*, la cui sussistenza è necessaria per la sospensione della legge; alle conseguenze che la sospensione produce rispetto agli atti esecutivi ed attuativi di natura non legislativa eventualmente adottati sulla base della legge sospesa; alla portata che dovrebbe assumere il provvedimento di sospensiva qualora sia impugnata un'intera legge insieme alle singole disposizioni della stessa. Quanto al merito della pronuncia, che assegna allo Stato la competenza esclusiva per la gestione e il contenimento della pandemia, si tenterà infine – tenendo conto anche delle più ampie motivazioni offerte dalla sentenza di merito (Corte cost. n. 37/2021) – di argomentare alcune perplessità intorno alla ricostruzione operata sul punto dalla Corte, che pure ha riscosso consensi pressoché unanimi tra i primi commentatori.

2. La legge valdostana e il ricorso governativo

Prima di procedere con l'esame delle questioni direttamente attinenti all'ordinanza, conviene guardare più da vicino al contenuto della legge valdostana, soprattutto per meglio cogliere quegli elementi che, generando il pericolo di un danno grave e irreparabile all'interesse pubblico e ai diritti dei cittadini ai sensi dell'art. 35 l. n. 87 del 1953, hanno giustificato l'adozione del provvedimento di sospensiva da parte della Corte.

Innanzitutto, va ricordato che la l.r. n. 11/2020 della Valle d'Aosta non è la prima legge delle autonomie territoriali diretta ad introdurre una disciplina speciale di rango primario per il contenimento e la gestione della pandemia da

«comportamenti formali posti in essere» da queste, per violazione delle attribuzioni costituzionalmente riservate allo Stato dagli artt. 117, commi secondo, lettere d), q) e h), terzo, e 120 della Costituzione, dichiarando di agire *in via suppletiva* rispetto allo Stato e chiedendo alla Corte di «accertare e dichiarare a chi spettano, in base alle norme costituzionali sopra richiamate, le attribuzioni per la gestione della c.d. fase 2, nell'ambito dell'emergenza COVID-19».

⁶ Corte cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37.

⁷ Cfr. in part. A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19?*, cit.

Covid-19. Già diversi mesi prima, la Provincia Autonoma di Bolzano aveva approvato la legge provinciale 8 maggio 2020, n. 4⁸, che in buona sostanza ha la medesima aspirazione di quella valdostana⁹: disporre per il territorio di riferimento misure più permissive e, comunque, differenti da quelle statali, ritenute colpevoli di non tenere adeguatamente conto delle diverse situazioni ed esigenze presenti nei territori e di imporre restrizioni irragionevoli e indiscriminate a livello nazionale. Già in quella occasione, il Governo aveva minacciato l'impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale¹⁰, ma il termine decadenziale di sessanta giorni è trascorso senza alcuna iniziativa concreta in tal senso e la legge provinciale è tutt'ora vigente.

Quel che preme sottolineare in questa sede è che la legge valdostana, prima sospesa e ora annullata dalla Corte, è stata sostanzialmente modellata sulla base di quella della provincia di Bolzano, non impugnata e vigente. A ben vedere, la normativa valdostana risulta il frutto di un sapiente *collage* delle disposizioni bolzanine, integrato o parzialmente rivisto solo in talune parti, ma fedele all'originale anche nell'impianto complessivo¹¹. La sopravvivenza dell'una e il venir meno dell'altra, benché sia naturale conseguenza della politicità della scelta governativa di proporre o meno ricorso alla Corte costituzionale, non può non colpire, soprattutto se si tiene conto che le motivazioni che hanno condotto alla sospensione sono legate all'evocazione di un grave e irreparabile pregiudizio per la salute dei cittadini, che non può evidentemente al contempo sussistere in Valle d'Aosta e non sussistere in Alto Adige.

Ad ogni modo, venendo al testo normativo, si può dire che lo stesso rappresenti una sorta di *legge generale sulla gestione regionale della pandemia*¹², volta a «contemperare la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone con la necessità di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV-2 sul territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta» (art. 2, comma 1). Dopo aver

⁸ Cfr. legge provinciale 8 maggio 2020, n. 4, recante “Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nella fase di ripresa delle attività”.

⁹ Cfr. sul punto e, più in generale, sulla normativa emergenziale sudtirolese, M. ROSINI, *Provincia Autonoma di Bolzano ed emergenza COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, Rubrica: *Fonti delle Regioni speciali e delle Province Autonome*. Per la gestione della pandemia nella Regione Valle d'Aosta nelle fasi precedenti, cfr. V. CAVANNA, *Risposte regionali alla pandemia da COVID-19: il caso della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, pp. 931 ss.

¹⁰ Si v., ad esempio, *Fase 2, Roma impugna la legge ma senza procedura d'urgenza*, in *Alto Adige* (versione online), 9 maggio 2020.

¹¹ I commi 1 e 2 dell'art. 2 della legge valdostana corrispondono ai commi 1 e 2 dell'art. 1 della legge provinciale; così i commi da 3 a 17 corrispondono a quelli da 5 a 19 della legge sudtirolese; i commi 19 e 20 ai commi 31 e 32; i commi 22, 23 e 25 ai commi 35, 36 e 30.

¹² In questi termini E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit.

prescritto alcune misure di sicurezza e di contenimento del contagio aventi carattere generale (art. 2, commi da 2 a 5¹³), la legge prevede che una serie di attività (art. 2, commi da 10 a 19¹⁴) possa riprendere, anche in difformità rispetto a quanto disposto dalle misure nazionali, purché ciò avvenga nel rispetto degli appositi protocolli di sicurezza redatti a livello regionale. Il Presidente della Giunta regionale può peraltro, con propria ordinanza, procedere ad un'ulteriore mitigazione delle misure per corrispondere ad un'eventuale analoga mitigazione a livello statale (art. 2, comma 22); ma può altresì disporre, sempre con ordinanza, la sospensione delle attività «in caso di necessità inerenti all'andamento dell'emergenza sanitaria» (art. 2, comma 24).

Per l'attuazione della legge è costituita, ai sensi dell'art. 3, un'*Unità di supporto e coordinamento per l'emergenza COVID-19*, con compiti di consulenza al Presidente e agli altri attori istituzionali coinvolti; in particolare, al Presidente spetta, sentita l'Unità, di stabilire con propria ordinanza le misure di sicurezza per lo svolgimento di alcune attività individuate all'art. 2 (art. 4, comma 1), mentre la Giunta è chiamata a stilare gli appositi protocolli con le parti sociali (art. 4, comma 2).

La finalità complessiva perseguita dalla legge era evidentemente quella di salvare la stagione turistica invernale allora alle porte, che rischiava di essere compromessa dalle misure restrittive prescritte a livello statale.

Diversamente da quanto avvenuto per la legge della Provincia Autonoma di Bolzano, in questo caso il Consiglio dei Ministri ha tuttavia ritenuto di procedere con il ricorso dinanzi alla Corte costituzionale, probabilmente considerando l'aggravarsi del quadro epidemiologico (mentre nel maggio 2020 si assisteva ad un

¹³ Trattasi di: misure di informazione e prevenzione (comma 3); riedizione di previsioni nazionali, quali il divieto di assembramento, l'obbligo di distanziamento interpersonale e l'obbligo di portare i d.p.i., laddove necessario (comma 4); misure precauzionali nei casi di sospetto contagio o di divieto di mobilità per i soggetti in quarantena o risultati positivi (comma 5).

¹⁴ Trattasi, più precisamente, di: attività sportiva e attività motoria (comma 6), coltivazione, caccia, pesca e simili (comma 7); eventi e competizioni sportive, che rimangono però disciplinate dalle norme emergenziali in vigore (comma 8); eventi e manifestazioni, che possono eventualmente essere "determinati" con ordinanza del Presidente (comma 9); attività economiche in generale (comma 10); attività commerciali di vendita al dettaglio (comma 11); servizi alla persona e altri settori dei servizi (comma 12); servizi di ristorazione e somministrazione di cibi e bevande (comma 13); attività artistiche e culturali (comma 14); strutture ricettive e attività turistiche (comma 15); impianti a fune (comma 16); attività produttive, che devono comunque rispettare i protocolli nazionali (comma 17); servizi educativi ed istruzione a tutti i livelli, «rispetto ai quali si applica la normativa statale in vigore, fatti salvi ulteriori interventi normativi regionali» (comma 18); esami di idoneità alla guida (comma 19).

miglioramento generalizzato) e il rischio che all'iniziativa della Regione Valle d'Aosta seguissero quelle di altre Regioni¹⁵.

Il ricorso governativo è diretto tanto contro l'intera legge regionale (che si presenta *omogenea* «sotto il profilo funzionale e teleologico»), quanto rispetto a una serie di specifiche disposizioni della stessa (segnatamente art. 2, commi 4, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24 e 25; art. 3, comma 1, lett. a); e art. 4), in relazione alle quali sono evidenziate minuziosamente tutte le difformità rispetto alla disciplina emergenziale statale di rango primario e secondario¹⁶.

Secondo l'Avvocatura di Stato, la Regione avrebbe esorbitato dalle proprie competenze statutarie di integrazione e attuazione delle leggi della Repubblica in materia di «igiene sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» (art. 3, lett. l), St. VdA), nonché dalla più ampia competenza concorrente in materia di «tutela della salute» (art. 117, comma 3, Cost.), entrando in aperto contrasto con la normativa statale per la gestione della pandemia. Si avrebbe la violazione *in primis* dell'art. 117, comma 2, lett. q) e m), per l'invasione della competenza statale esclusiva in materia di «profilassi internazionale» e di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; a cui si aggiungerebbe la violazione dei principi fondamentali in materia di «tutela della salute» (art. 117, comma 3, Cost.), quella dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118 Cost.), nonché da ultimo del principio di leale collaborazione (artt. 117, 118 e 120 Cost.).

Con specifico riferimento all'istanza cautelare, l'argomentazione dell'Avvocatura si appunta principalmente sui profili relativi al *periculum in mora*, rinviando per la motivazione sulla sussistenza del *fumus boni iuris* (ossia per la fondatezza del ricorso *prima facie*) alle considerazioni già svolte in precedenza. I punti salienti sono tre: in primo luogo, la previsione di misure derogatorie e più permissive sul territorio regionale, «in un contesto di grave e preoccupante innalzamento della curva del contagio», determinerebbe il rischio di «esternalità negative per l'intero sistema sanitario nazionale» e comprometterebbe l'efficacia della risposta complessiva alla diffusione del morbo. Sarebbe così integrato il *periculum* tipizzato nell'art. 35, l. n. 87/1953 del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini», e segnatamente per il diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. A ciò si aggiunge che le norme valdostane, essendo di rango primario, «sono idonee a fare da argine all'applicazione di nuove misure statali che si rendessero necessarie nei prossimi giorni o nelle prossime settimane e che fossero introdotte con nuovi decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o ordinanze

¹⁵ Rischio che viene effettivamente evocato nella parte conclusiva del ricorso governativo.

¹⁶ Cfr. Ricorso per questione di legittimità costituzionale 21 dicembre 2020, n. 101, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 53 del 30-12-2020.

ministeriali ovvero anche con legge statale». Si concretizzerebbe in questo modo, secondo la difesa statale, anche il *periculum* del «rischio di un irreparabile pregiudizio (...) all'ordinamento giuridico della Repubblica» (art. 35 l. n. 87/1953). Pericolo che sarebbe a sua volta aggravato dall'approccio tenuto rispetto agli atti esecutivi ed attuativi della legge regionale dal giudice amministrativo, il quale aveva negato la sospensione di un'ordinanza del Presidente della Giunta regionale¹⁷, osservando che la misura cautelare richiesta avrebbe finito per ripristinare la più liberale disciplina legislativa – dal momento che l'ordinanza prevedeva restrizioni maggiori – e per nuocere, più in generale, alla certezza del diritto. La difficoltà di ottenere la tutela cautelare dinanzi al Tar non farebbe altro che prolungare l'efficacia delle misure più permissive, «per periodi anche non brevissimi, e comunque certamente idonei a incidere sull'andamento dell'epidemia».

3. La sospensione della legge: alcuni nodi problematici

Ravvisata «l'urgenza di provvedere» ai sensi dell'art. 21 n.i., il Presidente della Corte ha convocato la camera di consiglio per la decisione sull'istanza cautelare per il 13 gennaio 2021, a distanza di poco più di venti giorni dal deposito del ricorso presso la Cancelleria¹⁸. In questo modo sono stati garantiti tanto una decisione piuttosto rapida sull'istanza, quanto il rispetto del termine dilatorio di venti giorni (dalla notificazione del ricorso) previsto ai sensi dell'art. 35 l. n. 87/1953¹⁹. Al termine della camera di consiglio, nell'ambito della quale sono stati

¹⁷ Cfr. Tar Valle d'Aosta, decreto 18 dicembre 2020, n. 41. L'ordinanza impugnata è la n. 552 dell'11 dicembre 2020, recante “Misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi degli articoli 2, comma 24 e 4, comma 1 della legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11”.

¹⁸ Si tratta precisamente di ventitré giorni.

¹⁹ Trattasi peraltro di un termine che va considerato come ordinatorio: non solo perché il Presidente, «quando lo ritenga necessario», può dimezzare i termini «con provvedimento motivato» (art. 9, l. cost. n. 1/1953), ma soprattutto perché, per evidenti ragioni di effettività, se l'urgenza è tale per cui la Corte ritiene di dover intervenire in tempi più brevi, si impone comunque una deroga ulteriore al termine. Sulla sfasatura tra questo termine e il termine previsto per la costituzione della parte convenuta («trenta giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso», art. 19, comma 3, n.i.), cfr. E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020, pp. 160 ss. È peraltro evidente che la previsione del termine di cui all'art. 35 (seppur assai ristretto e più breve di quello previsto per la costituzione) sia funzionale a consentire l'instaurazione del contraddittorio cautelare, laddove la parte convenuta intenda controdedurre in relazione all'istanza di sospensione.

sentiti anche i difensori (la cui audizione è stata autorizzata *ex art. 21 n.i.*)²⁰, la Corte ha pronunciato l'ordinanza di sospensione dell'intera legge valdostana, depositata il giorno successivo (14 gennaio 2021).

Quanto al *fumus boni iuris*²¹, la Corte afferma sinteticamente che «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.», che risulta quindi *prima facie* violata dalla normativa della Regione autonoma Valle d'Aosta. Sul punto ci si sofferma *infra* nel par. 4, completando l'esame di questo profilo con gli argomenti offerti nella sentenza definitiva (Corte cost. n. 37/2021)

Quanto al *periculum in mora*, l'argomentazione si fa invece più articolata: per la Corte sussistono sia «il rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico», sia «il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini» ai sensi dell'art. 35 della legge n. 87 del 1953²². Da un lato, la legge valdostana, «sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva», esporrebbe «di per sé stessa al *concreto e attuale rischio* che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore». E ciò consente di prescindere, secondo la Corte, «dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate». D'altra parte, la Corte osserva che «le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la *salute delle persone* e l'*interesse pubblico ad una gestione unitaria* a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione». E conclude affermando che «i limiti propri dell'esame che è possibile condurre in questa fase cautelare impediscono una verifica analitica delle singole disposizioni contenute dalla legge regionale impugnata»²³.

Il primo aspetto d'interesse della motivazione è rappresentato dalle osservazioni della Corte in punto di *periculum in mora*, dalle quali si possono trarre alcune importanti indicazioni per la ricostruzione della nozione stessa del *periculum ex art. 35 l. n. 87/1953*.

²⁰ Per gli aspetti procedurali dell'incidente cautelare, si v. *amplius* A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19?*, cit.

²¹ Per la necessaria sussistenza del *fumus boni iuris*, «in conformità ai principi generali che disciplinano la tutela in via d'urgenza», cfr. Corte cost. n. 107/2010.

²² È giusto il caso di notare che la Corte riporta erroneamente il testo dell'art. 35, il quale fa riferimento invero ad «un rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico».

²³ Corte cost. n. 4/2021 (corsivi aggiunti).

È noto come proprio la tipizzazione dei *pericula in mora* operata dall'art. 9, comma 4, l. n. 131/2003 sia stata oggetto di molte perplessità e critiche in dottrina. Si è parlato in proposito di «formule (...) afflitte da una intrinseca vaghezza concettuale»²⁴, elaborate «con qualche affanno linguistico e, forse, pure obiettiva ridondanza»²⁵. I primi commentatori avevano pure letto nel riferimento all'interesse pubblico una rievocazione del soppresso interesse nazionale²⁶ ed accostato i pregiudizi indicati dall'art. 35 ai presupposti previsti *ex art.* 120 Cost. per l'esercizio del potere sostitutivo statale²⁷. Una certa confusione concettuale era emersa di riflesso anche nella prassi delle istanze di sospensione statali e regionali, nelle quali si riscontra spesso un impiego sostanzialmente fungibile del riferimento al pregiudizio all'interesse pubblico e all'ordinamento della Repubblica.

Nel caso di specie, la Corte invece sembra fare un minimo di chiarezza, “correggendo” le indicazioni dell'Avvocatura dello Stato e ricollegando il potenziale *vulnus* alla gestione unitaria della pandemia arrecato dalla legge regionale non più al *rischio di danno irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica*, ma al *rischio di danno irreparabile all'interesse pubblico*. Si tratta di una soluzione coerente con la decisione di fondare la competenza statale sulla profilassi internazionale: l'invasione della competenza da parte della Regione compromette la tutela dell'*interesse pubblico* sotteso alla stessa, non l'*ordinamento della Repubblica*. Quest'ultimo, secondo la dottrina più avveduta²⁸, va infatti inteso

²⁴ Così T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 326.

²⁵ A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. CARAVITA, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 50.

²⁶ Cfr. E. LAMARQUE, *Art. 9*, in ID., P. CAVALERI, *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Milano, 2004, p. 251; F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *Federalismi.it*, 11 aprile 2003, pp. 24-25; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in F. BASSANINI, C. CITTADINO (a cura di), *Legge “La Loggia”. Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2003, pp. 180 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 192 ss.

²⁷ Cfr. F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, cit., pp. 24 ss.; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, cit., pp. 188 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., pp. 194 ss. La posizione è ora ripresa da A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale*, cit., pp. 322 ss.

²⁸ Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 356 ss.

come il riparto complessivo delle competenze tracciato nel Titolo V riformato, che in questo caso non pare essere irrimediabilmente compromesso.

Altro aspetto rilevante della pronuncia, sempre per quanto riguarda la nozione del *periculum in mora*, è quello relativo all'*attualità* e alla *concretezza del pericolo di danno* necessarie per la concessione del provvedimento di sospensione. Nel caso di specie, a ben vedere, non era dato riscontrare la sussistenza di un pericolo attuale e concreto, almeno per come lo stesso è inteso generalmente nei giudizi comuni e pure nei conflitti tra enti da parte della Corte stessa²⁹. Le ordinanze del Presidente della Giunta regionale valdostana, adottate in attuazione della legge impugnata, si erano infatti caratterizzate per una particolare cautela, allineandosi per lo più a quelle che erano le misure imposte dal livello nazionale; in particolare, con l'ordinanza n. 580 del 2020, la Regione aveva sostanzialmente replicato sul proprio territorio le medesime restrizioni previste dallo Stato, per cui i paventati pericoli per la salute e per la gestione unitaria della pandemia erano stati concretamente scongiurati in sede di attuazione della legge, divenendo a quel punto solo potenziali.

La Corte tuttavia mostra di intendere l'attualità e la concretezza del pericolo non in modo stringente, esigendo piuttosto una *attualità* e una *concretezza "attenuate"*, quasi fossero ricalibrate appositamente per gli atti legislativi, che di norma necessitano di atti esecutivi o attuativi per produrre degli effetti pregiudizievoli nella realtà fattuale e giuridica³⁰. In questo caso, la Corte ha

²⁹ Ai fini della concessione della sospensione ai sensi dell'art. 40 l. n. 87/1953, la Corte ha sempre richiesto l'occorrenza di un danno attuale e concreto. La casistica in proposito è piuttosto varia: si è esclusa la sussistenza del *periculum* per atti meramente preparatori, quali sono ad esempio una circolare regionale che si limiti ad esprimere un mero "parere preliminare", non incidente sull'esercizio delle competenze statali controverse (Corte cost. n. 168/1981) oppure un decreto ministeriale che comporti solo «attività istruttorie o propedeutiche» all'approvazione di un piano relativo ad un parco nazionale, senza che vi sia approvazione dello stesso (Corte cost. n. 12/1991). Non si è concessa inoltre la sospensiva per provvedimenti dell'autorità giurisdizionale insuscettibili di esecuzione (quale un'intimazione del giudice penale a che l'amministrazione regionale si conformasse alle direttive dello stesso per la gestione di un bene demaniale; Corte cost. n. 122/1983) oppure inidonei a produrre effetti direttamente vincolanti in capo all'amministrazione (quale una decisione di "non convalida" di un sequestro preventivo; Corte cost. n. 535/2002). Incide inoltre sulla sussistenza di un danno attuale e concreto anche l'eventuale sospensione (o disapplicazione) dell'atto che sia già stata conseguita *aliunde* (v. Corte cost. n. 81/1971 e Corte cost. n. 13/1976).

³⁰ A scanso di equivoci, preme evidenziare che si tratta di questione diversa da quella se ricondurre la sospensione alla sola *esecuzione* (o anche *esecutorietà*) dell'atto legislativo o, più in generale, all'*efficacia* dello stesso; questione che va senz'altro risolta nel senso da ultimo indicato, come argomentato da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia*

ritenuto infatti che il *periculum* fosse integrato dal semplice fatto che, sulla scorta della legge impugnata, la Regione potesse adottare misure difformi e meno rigorose rispetto a quelle statali, ma non ha reputato necessario attendere il concretizzarsi vero e proprio del pericolo per concedere la sospensione.

La soluzione adottata dev'essere senz'altro accolta con favore: ad opinare diversamente si sarebbe ristretta l'applicazione della sospensione *ex art. 35* alle sole *leggi auto-applicative*³¹, compromettendo così l'utilità dello strumento. Per tutti gli altri casi, la concessione di rimedi cautelari sarebbe stata infatti rimessa *in toto* ai giudici comuni, dinanzi ai quali si sarebbero dovuti impugnare di volta in volta i singoli atti esecutivi o attuativi della legge; con il pericolo che ritardi, difformità di orientamenti giurisprudenziali e, più in generale, le diverse vicende processuali ipotizzabili con riguardo all'impugnazione dei singoli atti permettessero comunque alla legge – in ipotesi incostituzionale – di avere una parziale applicazione ed esplicare così i suoi effetti pregiudizievoli.

Se però la sospensione della legge consente di prevenire l'adozione di nuovi atti esecutivi e attuativi, c'è da chiedersi quali effetti possa dispiegare rispetto a quegli atti che dovessero essere stati già adottati prima della pronuncia cautelare della Corte³². È un problema che si è posto anche nel caso in esame, se solo si considera che sono almeno cinque le ordinanze emanate dal Presidente della Giunta regionale valdostana prima del 14 gennaio sulla base della legge impugnata e sospesa³³.

Non è questione di poco conto: nel nostro caso la Regione ha prontamente adottato un'ordinanza “di adeguamento” alla pronuncia della Corte (già il 16 gennaio)³⁴, ma avrebbe ben potuto verificarsi una sopravvivenza delle precedenti ordinanze, con effetti che si possono facilmente immaginare. In particolare, ciò avrebbe potuto comportare – oltre al comprensibile «disorientamento dei cittadini» evocato nel caso di specie dalla difesa regionale – anche il prodursi, per

costituzionale, cit., 336-338. Infatti, mentre il problema esaminato nel testo concerne il danno, quella dell'alternativa esecuzione/efficacia concerne gli effetti della sospensione.

³¹ Sulla tutela cautelare nei confronti delle leggi auto-applicative si veda il fondamentale saggio di A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, pp. 517 ss., nonché in ID. (a cura di), *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 1197 ss.

³² Sul punto, si v. anche le osservazioni di P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare cit.*, 13-14, il quale immagina, quale soluzione, una possibile “cedevolezza” delle ordinanze regionali a fronte di norme statali sopravvenienti.

³³ Le ordinanze sono le nn. 552, 570, 575 e 580 del 2020 e la n. 5 del 2021. La base giuridica va invero rinvenuta non solo nella legge regionale n. 11/2021, ma anche nell'art. 32 l. n. 833/1978, espressamente citato in tutti i provvedimenti.

³⁴ Si v. ordinanza 16 gennaio 2021, n. 28.

tramite degli atti di esecuzione o attuazione della legge sospesa, di quegli stessi danni che la sospensione era diretta a scongiurare. D'altra parte, la sospensione della legge non può che spiegare effetti *pro futuro* (o *ex nunc*), perché non implica un accertamento definitivo circa l'illegittimità stessa della legge. Per il periodo pregresso, la legge rimane pertanto valida e non viene meno la base legislativa degli atti adottati frattanto.

Durante i lavori preparatori della legge n. 131/2003 (cd. legge La Loggia) si era profilata l'ipotesi che la Corte potesse disporre «una sospensione degli atti adottati in esecuzione di atti anche legislativi»³⁵, che non parrebbe esclusa dalla lettera dell'art. 35 l. n. 87/1953, che si riferisce all'«esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso». Ma si tratta all'evidenza di un'opzione che mal si concilia con il giudizio in via principale, il quale ha ad oggetto atti di rango primario: si verificherebbe infatti l'assurdo per cui gli atti sospesi non potrebbero poi essere definitivamente annullati dalla Corte.

L'impostazione più corretta parrebbe allora quella di impugnare contestualmente la legge e gli atti esecutivi, l'una nel giudizio in via principale e gli altri tramite conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni; la Corte potrebbe procedere con la riunione dei giudizi e decidere insieme le due istanze cautelari³⁶.

Va peraltro rilevato come il Governo, nell'ambito del contenzioso con le Regioni sulla gestione dell'emergenza, abbia finora preferito rivolgersi in via esclusiva al giudice amministrativo, anche laddove le questioni in gioco attenevano

³⁵ Si v. in part. l'intervento di sen. Franco Bassanini in Commissione Affari costituzionali al Senato; cfr. Senato della Repubblica. Commissione Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, 208ª seduta (nott.), 5 novembre 2002. Sul punto anche, F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO (a cura di), *La legge 5 giugno 2003, n. 131: Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; commento agli articoli con i lavori preparatori su CD*, Servizio Studi Senato della Repubblica, Roma, 2003, pp. 287-288.

³⁶ In alternativa, per impedire che gli atti adottati sulla scorta della legge sospesa possano produrre comunque i loro effetti, sarebbe necessario un ricorso (coevo o successivo) al giudice amministrativo, il quale potrebbe quindi adottare la sospensione del provvedimento sulla scorta della presunta illegittimità della legge, rinviando contestualmente alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge sospesa secondo il modello della cd. tutela *ad tempus* (sul punto sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2016; da ultimo sul tema cfr. N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, spec. pp. 123 ss.). Si tratta però di un percorso articolato e complesso, che può comportare evidenti ritardi nell'adozione delle necessarie misure cautelari e non esclude pronunciamenti difformi tra giudice costituzionale e giudice amministrativo.

chiaramente al riparto costituzionale delle competenze³⁷. Anche nel caso valdostano la strategia era stata questa, ma il diniego della sospensione richiesta al Tar Valle d'Aosta ha "costretto" il Governo a portare la questione dinanzi alla Corte³⁸, la quale ha potuto finalmente esprimersi sulla questione del riparto di competenze tra centro e periferia che ha accompagnato tutta la prima fase dalla gestione della pandemia³⁹.

Un altro aspetto che merita di essere considerato è il fatto che la Corte costituzionale abbia deciso di sospendere per intero la legge regionale⁴⁰, perché «i limiti propri dell'esame che è possibile condurre in questa fase cautelare impediscono una verifica analitica delle singole disposizioni». Quest'ultimo inciso, se assunto a regola generale per l'esame delle richieste di sospensiva, non pare pienamente condivisibile. In sede di incidente cautelare, la Corte è chiamata infatti a verificare la sussistenza non solo del *fumus boni iuris*, ma anche del *periculum in mora*. E non è affatto detto che l'intero atto impugnato possa produrre, nelle more del giudizio, dei danni irreparabili agli interessi indicati all'art. 35. Anzi, è più probabile il contrario, cioè che siano solo determinate disposizioni di un atto legislativo ad avere una carica potenzialmente pregiudizievole. Parrebbe pertanto più opportuno che la scelta della Corte per una sospensione integrale o parziale

³⁷ Cfr. Tar Marche, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, sul quale sia consentito rinviare a G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, n. 1/2020, pp. 183 ss., spec. p. 190 ss.; nonché Tar Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, con annotazioni di F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, pp. 374 ss.; e G. SOBRINO, *Misure "anti-Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841), ivi*, n. 5/2020, pp. 185 ss.

³⁸ Va detto che la Corte peraltro non è del tutto immune da colpe: la gestione delle istanze cautelari nell'ambito del conflitto tra enti è stata spesso piuttosto discutibile, con la maggior parte delle istanze assorbite nel merito – anche quando le stesse apparivano *prima facie* fondate (come nel caso della recente istanza cautelare relativa al ricorso deciso con Corte cost. n. 240/2020) – e tempi per la decisione cautelare piuttosto lunghi (e comunque incomparabili con la celerità propria dei giudizi amministrativi). Il che in parte giustifica la scarsa propensione del Governo a ricorrere al conflitto intersoggettivo per risolvere questioni particolarmente urgenti.

³⁹ Naturalmente l'abbinamento proposto dell'istanza cautelare nel giudizio principale con analogo istanza nel conflitto è possibile laddove la censura mossa dal ricorrente attenga alla violazione delle attribuzioni costituzionali di Stato o Regioni; non quando vengano in esame parametri ulteriori, non deducibili nel conflitto intersoggettivo. In questo caso è necessario ricorrere al giudice amministrativo.

⁴⁰ Si tenga presente che l'art. 35 l. n. 87/1953 consente la sospensione dell'«esecuzione dell'atto impugnato o *di parti* di esso» (corsivo aggiunto).

dell'atto fosse, almeno di regola, legata all'accertamento puntuale della sussistenza del *periculum* con riguardo alle singole disposizioni impugnate, senza che la cognizione sommaria le impedisca un vaglio più approfondito.

Proprio nel caso di specie, è peraltro evidente come alcune delle disposizioni della legge valdostana non avessero alcuna attitudine pregiudizievole, senza che vi fosse la necessità di svolgere particolari indagini: si pensi all'istituzione dell'*Unità di supporto e coordinamento per l'emergenza COVID-19* (art. 3) o alla previsione di *Misure per la ripresa e il rilancio* (art. 5). Perché anche queste disposizioni siano state sospese – pur mancando il necessario *periculum* – non è del tutto chiaro⁴¹.

Una sospensione parziale, rivolta alle sole disposizioni evidentemente pregiudizievoli (specie gli artt. 2 e 4) sarebbe stata, d'altra parte, più rispettosa della funzione legislativa regionale, limitando allo stretto necessario l'incisione dell'efficacia dell'atto impugnato, che è decisa – è bene ricordarlo – sulla scorta di una cognizione ancora sommaria dei profili di illegittimità dello stesso⁴². In chiave comparatistica, si può osservare in proposito che il Tribunale costituzionale federale tedesco – che è senz'altro il principale termine di riferimento a livello europeo per l'esercizio dei poteri cautelari nei giudizi costituzionali⁴³ – ispira la propria azione ad un *principio di intervento minimo* (*Grundsatz des Interventionsminimums*), volto cioè ad evitare quanto più possibile eccessive interferenze nella sfera di competenza degli altri poteri costituzionali⁴⁴. Un analogo *self-restraint* da parte della nostra Corte sarebbe auspicabile per il futuro.

⁴¹ È giusto il caso di segnalare che le questioni di legittimità sollevate in rapporto a tali disposizioni, insieme ad altre evidentemente non pregiudizievoli, sono state poi ritenute non fondate.

⁴² La scelta della Corte trova una spiegazione nel caso di specie nella scarsa utilità (e coerenza logica) che avrebbe avuto il mantenere operativa l'*Unità di supporto e coordinamento* mentre il resto della legge (per la cui attuazione era stata costituita) veniva sospeso.

⁴³ Sul tema ha scritto pagine importanti A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp. 157 ss.; nonché EAD., *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, Tesi di dottorato discussa il 16 dicembre 2004 nel corso di *Dottorato in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* dell'Università di Pisa, pubblicata in *www.forumcostituzionale.it - Sezione Paper*, 28 giugno 2004; ora in EAD., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

⁴⁴ Cfr., in part., J. BERKEMANN, *punto 32 Einstweilige Anordnung*, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, p. 585, Rn. 327; ripreso anche da C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 350.

4. Una nuova “profilassi internazionale”

L’ultimo aspetto di grande rilievo dell’ordinanza in esame – congiuntamente con la sentenza definitiva – è dato dall’aver ricondotto la gestione della pandemia alla competenza esclusiva dello Stato in materia di «profilassi internazionale» ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. q) Cost., chiudendo così un dibattito – che si trascinava sin dall’inizio dell’emergenza – in merito a chi (e in che misura), tra Stato e Regioni, fosse chiamato a decidere le misure di contenimento e gestione dell’evento pandemico. La soluzione fatta propria dalla Corte, come si accennava, è stata accolta con favore dalla gran parte dei primissimi commentatori, che hanno apprezzato tanto il definitivo chiarimento in sé, quanto la soluzione di radicare la competenza integralmente in capo allo Stato.

Non si può non osservare tuttavia come il percorso argomentativo che ha condotto la Corte ad affermare la competenza statale sia il frutto di alcune forzature interpretative del dettato costituzionale, attraverso le quali si sono dati alla materia esclusiva «profilassi internazionale» un *significato* e una *portata* prima sconosciuti.

Secondo l’interpretazione “ufficiale” fornita dal Ministero della Salute⁴⁵, per *profilassi internazionale* dovrebbe intendersi l’«attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, *che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio*»⁴⁶. Questa definizione si riflette, d’altra parte, nella stessa collocazione della materia, posta accanto a «dogane» e «protezione dei confini nazionali» nella lett. q) dell’art. 117, comma 2, Cost., quasi a sottolineare come il tratto comune sia proprio il rapporto con l’estero, tra il dentro e il fuori dello Stato⁴⁷.

Se si guarda poi all’evoluzione storica della materia, ci si avvede che quello appena illustrato è il significato classico attribuito alla locuzione «profilassi internazionale», quello in relazione al quale si è formato uno specifico *corpus* normativo e si sono istituiti appositi apparati amministrativi⁴⁸.

⁴⁵ Si riprendono qui osservazioni in parte già svolte da E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit.

⁴⁶ Cfr. Ministero della Salute. USMAF-SANS, *III Trimestre 2020 (Luglio-Settembre). Relazione sui dati di attività degli Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (USMAF) e Servizi per l’Assistenza Sanitaria al personale Navigante, marittimo e dell’aviazione civile (SASN)*, dicembre 2020, disponibile all’indirizzo: www.salute.gov.it.

⁴⁷ Si ritiene peraltro che tali materie siano affidate alla competenza esclusiva statale proprio perché, rientrando tra le politiche di difesa e tutela del territorio, risultano tradizionalmente connesse all’esercizio di poteri sovrani dello Stato; cfr. R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 238.

⁴⁸ Cfr. W. D’ALESSIO, *Sanità marittima ed aerea*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 263 ss.

Già nel 1934, il Testo unico delle leggi sanitarie⁴⁹ distingueva, nell'ambito della profilassi internazionale, tra profilassi sanitaria in senso proprio e profilassi veterinaria, affidando l'una agli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera e l'altra agli Uffici veterinari di confine, porto e aeroporto (poi entrambi incardinati nel Ministero della sanità come articolazioni periferiche)⁵⁰. Tale assetto, salvo alcuni interventi⁵¹, è sopravvissuto sostanzialmente intatto fino ad oggi, con gli USMAF-SANS⁵² competenti per i controlli sulle persone e gli UVAC-PIF⁵³ per i controlli su merci e animali.

Nell'ambito del primo trasferimento delle funzioni amministrative alle neonate Regioni⁵⁴, la profilassi internazionale era conservata in capo allo Stato, distinguendola concettualmente dalla più generale «profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie». Un'impostazione che è rimasta successivamente immutata anche nel secondo trasferimento di funzioni⁵⁵, nella legge sul Sistema Sanitario

⁴⁹ R.d. 27 luglio 1934, n. 1265, recante "Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie".

⁵⁰ V. art. 3, comma 1, n. 3, l. 13 marzo 1958, n. 296, recante "Costituzione del Ministero della sanità"; il trasferimento delle competenze al Ministero della salute è poi avvenuto sulla base dell'art. 47-*bis* d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, recante "Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59".

⁵¹ V., in part., d.P.R. 31 luglio 1980, n. 614, recante "Ristrutturazione e potenziamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera e degli uffici veterinari di confine, di porto, di aeroporto e di dogana interna (art. 7 della legge n. 833 del 1978)"; nonché d.lgs. 30 gennaio 1993, n. 27, recante "Attuazione della direttiva 89/608/CEE relativa alla mutua assistenza tra autorità amministrative per assicurare la corretta applicazione della legislazione veterinaria e zootecnica", con il quale si sono istituiti gli Uffici veterinari per gli adempimenti degli obblighi comunitari.

⁵² Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (USMAF) e Assistenza sanitaria al personale navigante (SASN).

⁵³ Uffici Veterinari per gli Adempimenti degli obblighi Comunitari (UVAC) e Posti di Ispezione Frontaliera (PIF).

⁵⁴ Cfr. art. 6, n. 1), d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4; si distingue, in questa sede tra «1) ai rapporti internazionali in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera, ivi compresa la profilassi internazionale; 2) alla sanità marittima, aerea e di frontiera» e «3) alla profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie».

⁵⁵ Cfr. art. 30, lett. a), d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; si distingue tra «a) la profilassi internazionale: marittima, aerea e di frontiera; l'assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero e l'assistenza in Italia agli stranieri e agli apolidi, secondo i principi della legge di riforma sanitaria, avvalendosi dei presidi sanitari esistenti» e «b) la profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie».

Nazionale⁵⁶, nel d.lgs. n. 112/1998 (cd. riforma Bassanini), nel quale si prevede che siano «mantenute allo Stato (...) le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento *ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infracomunitari e di frontiera*»⁵⁷.

Un'ulteriore definizione "storica" di particolare efficacia si può infine rinvenire nel d.m. 2 maggio 1985 del Ministero della Salute, nel quale si legge che «i compiti di profilassi internazionale consistono in particolare nel vigilare *negli ambiti portuali, aeroportuali e di confine terrestre* e sulle navi ancorate, sugli aeromobili e su ogni altro mezzo di trasporto nonché sulle persone e prodotti soggetti a controllo sanitario *in arrivo, in partenza o in sosta al fine di provvedere alla difesa contro la trasmissione delle malattie infettive e diffusive*»⁵⁸.

Dall'insieme delle fonti richiamate si ricava, in definitiva, come la nozione di profilassi internazionale, prima della riforma costituzionale del Titolo V, riguardasse precisamente tutte quelle misure poste in essere alla frontiera (o comunque in relazione a rapporti interstatuali) a fini di prevenzione delle malattie infettive e diffusive delle persone e degli animali⁵⁹. Ed è a questo preciso significato che ha fatto evidentemente riferimento il legislatore costituzionale in sede di riforma del Titolo V, riservando invece alla competenza concorrente in materia di

⁵⁶ Cfr. art. 6, lett. a), l. 23 dicembre 1978, n. 833; anche qui – vale la pena di ribadirlo – si distingue tra «a) i rapporti internazionali e la profilassi internazionale, marittima, aerea e di frontiera, anche in materia veterinaria; l'assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero e l'assistenza in Italia agli stranieri ed agli apolidi, nei limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali, avvalendosi dei presidi sanitari esistenti», da una parte; e «b) la profilassi delle malattie infettive e diffusive, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie, nonché gli interventi contro le epidemie e le epizoozie», dall'altra.

⁵⁷ Art. 126, rubricato "Profilassi internazionale", d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, recante "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59". Cfr. L. ZANETTI, *Articolo 126. Profilassi internazionale*, in G. FALCON (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge n. 59 del 1997*, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 427-428.

⁵⁸ D.m. 2 maggio 1985, recante "Direttive alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano in materia di profilassi internazionale e di sanità pubblica" (corsi aggiunti). Sullo specifico provvedimento cfr. G. MOSCATT, *La sanità marittima ed aerea nel momento attuale*, in *Sanità pubblica*, 1987, pp. 597 ss.

⁵⁹ Questa nozione è quella che si affaccia pure nella giurisprudenza costituzionale pre-riforma: si v. Corte cost. nn. 458/1994, 128/1994, 351/1999.

tutela della salute la più ampia profilassi delle malattie infettive e diffuse (prima trattenuta in capo allo Stato)⁶⁰.

La profilassi internazionale così intesa costituisce dunque un ben preciso settore materiale di attività; detto altrimenti, è una *materia in senso stretto* o *tecnico*⁶¹, compiutamente circoscrivibile quanto a contenuto ed estensione.

Vero è che, in una certa misura, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha provveduto ad estendere questa nozione iniziale, quanto meno a partire dagli anni Duemila. Ma si tratta sempre di operazioni interpretative che affondano le proprie radici nel significato originale di profilassi internazionale e identificano misure e pratiche che continuano a chiamare in causa, in via più o meno diretta, i rapporti con l'estero⁶². Anche quando la giurisprudenza costituzionale arriva a riconoscere la sussistenza della competenza esclusiva statale per i controlli veterinari su capi di bestiame nati e cresciuti in Italia (ad es. Corte cost. nn. 12/2004, 72/2013, 173/2014 e 270/2016), lo fa perché questi «sono imposti dall'esterno, e cioè da norme dell'Unione europea o internazionali»⁶³. E quest'approccio risulta confermato, da ultimo, nelle recenti sentenze sull'obbligo vaccinale⁶⁴, a mente delle quali la profilassi si qualifica come “internazionale” – e quindi di competenza statale – «nella misura in cui le norme in questione servono a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»⁶⁵.

⁶⁰ Come osserva sempre E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., la quale evidenzia che il nuovo art. 117 Cost. non mantiene in capo allo Stato «la sorveglianza ed il controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali», diversamente da quanto faceva l'art. 112, comma 3, lett. g) d.lgs. n. 112/1998 (si noti incidentalmente che la materia profilassi internazionale è oggetto di tutt'altra disposizione; v. *supra* nota 57). In precedenza, l'art. 7, lett. a) l. n. 883/1978 aveva delegato alle Regioni le funzioni amministrative concernenti «la profilassi delle malattie infettive e diffuse, di cui al precedente articolo 6 lettera b)», mantenendo la competenza statale (v. *supra* nota 56).

⁶¹ Corte cost. n. 407/2002.

⁶² In questo senso, si v. in part. Corte cost. n. 222/2003, nella quale la Corte afferma – in relazione ad una legge della Regione Marche in materia di detenzione e sul commercio di animali esotici – che «le tematiche della “profilassi internazionale” restano completamente estranee alla legge impugnata [che] non si occupa in alcun modo dei profili inerenti all'importazione od esportazione degli animali, regolando esclusivamente aspetti legati alla presenza di questi ultimi all'interno del territorio regionale».

⁶³ Così E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit.

⁶⁴ Corte cost. nn. 5/2018 e 186/2019.

⁶⁵ Corte cost. n. 5/2018, *Considerato in diritto*, punto 7.2.3.

Lo scarto segnato dall'ordinanza n. 4/2021 e dalla sentenza n. 37/2021 rispetto a questo modo d'intendere è dunque notevole: la materia «profilassi internazionale» diviene infatti «comprensiva di *ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla*»⁶⁶.

Per suffragare tale affermazione, la Corte sembra dapprima cercare un appiglio nella propria giurisprudenza pregressa⁶⁷: si sostiene che la «malattia da COVID-19 (...) è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati»⁶⁸; e si aggiunge che «ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno»⁶⁹. Pare dunque emergere quell'elemento di cooperazione sovranazionale nel contrasto alle malattie infettive e diffuse che aveva giustificato l'ampliamento della materia oltre i limiti originari.

Ma questa strategia argomentativa viene presto messa da parte. È il carattere «internazionale» *della pandemia* – e non più *della profilassi* (che, a ben vedere, è frutto in larga parte di scelte nazionali)⁷⁰ – a giustificare la collocazione della gestione dell'emergenza nella competenza esclusiva statale: «la cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata «internazionale», sulla base della diffusività che la connota»⁷¹, radica la competenza statale. Un concetto ribadito anche più innanzi: «La natura globale della malattia impone di rinvenire in tale normativa (quella statale per l'emergenza *ndr*) il riflesso della competenza esclusiva che lo Stato vi esercita»⁷².

La Corte si sofferma poi più diffusamente sulle «ragioni logiche, prima che giuridiche» che rendono necessaria «una disciplina unitaria, di carattere nazionale»⁷³. Si afferma che non va escluso «un ri-accentramento (...) ove la pandemia imponga politiche sanitarie comuni» e che «Un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai

⁶⁶ Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7 (corsivi aggiunti).

⁶⁷ Si citano infatti Corte cost. nn. 5 del 2018, 270/2016, 173/2014, 406/2005 e 12/2004.

⁶⁸ Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Anche questo rilievo è frutto di un'osservazione di E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit.

⁷¹ Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7.

⁷² Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 8.

⁷³ Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7.1.

sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia (...) inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni». E si aggiunge che «Qualora il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate».

In altre stagioni della giurisprudenza costituzionale, tali argomentazioni avrebbero condotto a riconoscere una *chiamata in sussidiarietà*, vista l'insistenza sulle esigenze unitarie di tutela; oppure, data la connotazione evidentemente finalistica con la quale si è rimodellata la materia, a discorrere della profilassi internazionale come di una *materia trasversale*⁷⁴. La decisione della Corte invece è più netta e, affermando il puro e semplice esercizio della competenza esclusiva, tronca alla radice qualsiasi possibilità di intervento delle Regioni⁷⁵.

Nel caso di specie, non si ha neppure – a ben vedere – l'applicazione del cd. *criterio della prevalenza*⁷⁶, che pure avrebbe potuto essere un'opzione interpretativa a disposizione del giudice costituzionale. D'altra parte, i titoli competenziali cui era astrattamente riconducibile la disciplina statale emergenziale, oltre alla profilassi internazionale, sarebbero stati molti⁷⁷: si pensi *in primis* alla tutela della

⁷⁴ La difesa regionale aveva infatti “giocato questa carta”, ma la Corte risponde che: «tale competenza [non] ha tratti di trasversalità, come obietta la difesa regionale, per inferirne che essa si limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente» (Corte cost., sent. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7).

⁷⁵ Si è parlato efficacemente in proposito di competenza “esclusiva ed escludente”; così G.M. SALERNO nell'intervento al seminario: *A chi spetta decidere? Stato e regioni di fronte all'emergenza sanitaria*, Centro di Studi costituzionali, Università di Macerata, 19 marzo 2021.

⁷⁶ O almeno non è dato rinvenire nella sentenza alcuna motivazione sul punto, salvo un accenno, del tutto secondario e marginale nell'economia della sentenza, al fatto che le competenze regionali «possono (...) rilevare in termini indiretti e marginali, a seconda dell'oggetto sul quale cade di volta in volta la misura restrittiva statale, ma sono recessive rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia (sulla irrilevanza degli effetti indiretti e marginali nel processo di individuazione delle materie, *ex plurimis*, sentenze n. 137 del 2018 e n. 125 del 2017)» (v. *Considerato in diritto*, punto 11).

⁷⁷ Per una ricognizione, cfr. E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, pp. 379-380, nonché 391-392.

salute e alla protezione civile⁷⁸. La Corte invece non ravvisa alcuna concorrenza di più materie, dalla quale ricavare eventualmente la prevalenza della competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale, ma afferma più nettamente che la «materia della profilassi internazionale ha (...) un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»⁷⁹.

In dottrina⁸⁰ si è osservato come la decisione della Corte – nonostante sia il frutto di un'operazione interpretativa definita «estrema»⁸¹ – porterebbe con sé almeno tre pregi: in primo luogo, farebbe chiarezza nei rapporti istituzionali, riportando a livello unitario le scelte su come gestire l'emergenza; in secondo luogo, consentirebbe allo Stato di prescindere dai moduli della leale collaborazione in fase di attuazione e applicazione della disciplina legislativa emergenziale (che sarebbero stati imposti laddove si fosse riscontrato un intreccio di competenze o una chiamata in sussidiarietà); e infine giustificerebbe l'impiego, nella gestione della pandemia, della normativa statale di rango secondario (ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost.).

Tuttavia, è forse proprio la radicale esclusione di ogni necessario coinvolgimento delle Regioni a costituire l'aspetto più problematico della pronuncia.

La stessa legislazione emergenziale, benché importata ad un forte accentramento, non si era spinta a tanto, lasciando piuttosto trasparire, sin dal primo decreto-legge n. 6/2020, la consapevolezza di aver operato l'*attrazione in sussidiarietà* di una serie di materie di competenza concorrente e residuale⁸². Tanto che l'adozione dei ben noti d.P.C.m. era comunque subordinata alla *consultazione*⁸³ dei Presidenti delle singole regioni, quando le misure dovevano assumere una portata locale, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, quando la portata era nazionale. Si trattava

⁷⁸ Cfr. G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in questa *Rivista*, n. 4/2020, spec. pp. 761 ss. Se si vuole anche G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., pp. 183-187.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 7.

⁸⁰ Così E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., la quale tuttavia commentava la sola ordinanza di sospensione (la sentenza doveva essere ancora pronunciata e pubblicata).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Su questo punto chiarissimo M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2 aprile 2020.

⁸³ Non sarebbe peraltro la prima occasione in cui la leale collaborazione assume la forma della mera consultazione (con semplice parere); cfr., per tutte, Corte cost. n. 214/2006.

evidentemente di strumenti di concretizzazione della *leale collaborazione*⁸⁴, per quanto ridotta ai minimi termini per la necessità di addivenire a decisioni quanto più rapide e tempestive.

La soluzione offerta dalla legislazione emergenziale appariva peraltro ragionevole, nella misura in cui, garantendo una gestione rapida ed unitaria, consentiva comunque un coinvolgimento delle autonomie regionali⁸⁵. Tale coinvolgimento risultava apprezzabile non solo perché le Regioni sono titolari di molte delle competenze concretamente interessate dalle misure emergenziali, ma soprattutto perché gestiscono le diverse amministrazioni di riferimento (*in primis* quella sanitaria), e perciò hanno (o perlomeno dovrebbero avere) il polso delle relative capacità operative e di risposta, delle possibili problematiche, oltre naturalmente a disporre di un quadro ben più preciso e attendibile della situazione del territorio rispetto a quello che può avere il Governo. La partecipazione delle Regioni alla definizione dei provvedimenti attuativi della disciplina legislativa emergenziale, in questa prospettiva, diviene funzionale non solo a compensare le attribuzioni costituzionali comprese dalla chiamata in sussidiarietà, ma soprattutto a rendere più adeguate, proporzionate ed efficaci, oltre che calibrate sulla realtà dei territori, le misure sublegislative di contrasto alla diffusione del virus⁸⁶.

Di contro, la soluzione accreditata dalla Corte, per cui la profilassi internazionale copre *tutte* le misure di contrasto alla pandemia, rende questo coinvolgimento regionale non più un passaggio obbligato, ma una “graziosa concessione” rimessa alla “saggezza” del legislatore statale che si trovi occasionalmente ad affrontare un evento pandemico. Proprio per questo motivo, i (pochi) riferimenti al principio di leale collaborazione – pure presenti tanto

⁸⁴ In altra sede si è definita “debole” questa forma di coinvolgimento; cfr. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 189.

⁸⁵ R. BIN, *Alcune questioni sulle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021 (in corso di pubblicazione), parla di «un intenso coinvolgimento delle regioni».

⁸⁶ Sul necessario concorso delle autonomie regionali nel contrasto alla pandemia, pur con diversità di accenti e vedute, cfr., tra gli altri, G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2020; nonché ID., *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, pp. 361 ss.; U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, pp. 537 ss.; F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, n. 1/2020, pp. 3 ss.; M. MALO, *Le Regioni e la pandemia. Variazioni sul tema*, in *Le Regioni*, n. 2/2020, pp. 231 ss.

nell'ordinanza, quanto nella sentenza⁸⁷ – assumono un valore giustamente definito «ornamentale»⁸⁸, non aggiungendo nulla a quanto non sia già previsto nella legislazione statale sull'emergenza.

Volendo quindi trarre delle conclusioni da questa complessa vicenda, le impressioni non possono che essere contrastanti: da un lato, si può salutare con favore la prima applicazione del potere di sospensiva, confidando al contempo che questa non sia solo un'eccezione legata alla risonanza del caso specifico e che la sospensione *ex art. 35* divenga uno strumento di cui la Corte – quando necessario – non esiti a servirsi, diversamente da quanto avvenuto in passato⁸⁹. Dall'altro lato, tuttavia, la decisione di escludere radicalmente ogni necessario coinvolgimento degli enti regionali – specie per i termini *tranchant* impiegati dalla Corte – non può non sollevare perplessità, sia per il metodo impiegato, sia per il merito. Sarà da verificare, in particolare, quale impatto la decisione spiegherà sul sistema di gestione di stampo cooperativo che, con esiti alterni, ha operato nell'ultimo anno⁹⁰,

⁸⁷ Si v. in part. Corte cost. n. 4/2021, nella quale si dice che la gestione unitaria a livello statale è «peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione»; Corte cost. n. 37/2021, *Considerato in diritto*, punto 12, ove si legge che «l'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 ha reputato opportuno, nell'esercizio della discrezionalità propria del legislatore statale in una materia di sua competenza esclusiva (sentenza n. 7 del 2016), attivare un percorso di leale collaborazione con il sistema regionale, prevedendo che i d.P.C.m. siano preceduti, a seconda degli interessi coinvolti, dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome», aggiungendo che «Si tratta di una soluzione normativa consona sia all'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia, sia alla circostanza obiettiva per la quale lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche». È giusto il caso di notare che Corte cost. n. 7/2016 citata dalla Corte, si riferisce invero non ad un caso di competenza esclusiva, ma di attrazione in sussidiarietà e concorrenza di materie. In quel frangente la Corte aveva dichiarato incostituzionali diverse norme del cd. "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133) per la mancata previsione di strumenti di coinvolgimento delle Regioni, nella forma di intese e pareri. Cfr. G. PIZZOLEO, *Il decreto "Sblocca Italia" al vaglio della Corte costituzionale: esercizio unitario delle funzioni amministrative e mancato coinvolgimento della Regione interessata (nota alla sent. n. 7 del 2016)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2016.

⁸⁸ Così G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *laCostituzione.info*, 21 marzo 2021.

⁸⁹ Cfr., per due casi emblematici, M. MASSA, [Sentenze nn. 189 e 190 del 2011] *L'istanza cautelare è assorbita e qualcuno (forse) ci lascia le penne*, in *Diritti regionali*, 21 giugno 2011, disponibile in: www.dirittiregionali.it – Archivio (2011-2015).

⁹⁰ Cfr., oltre agli Autori citati in nota 86, anche R. BIN, *Alcune questioni sulle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021 (in corso di pubblicazione).

valutando se davvero avrà quella portata chiarificatrice tanto attesa oppure se si limiterà a spostare definitivamente il conflitto tra centro e periferie sul piano degli atti sublegislativi, nell'ambito del quale lo stesso si era d'altronde mantenuto sino alle pronunce in commento⁹¹.

⁹¹ Quest'ultima sembrerebbe in effetti la strada imboccata, soprattutto alla luce delle prime iniziative regionali adottate dopo la sentenza; si v. in part. le ordinanze regionali (Valle d'Aosta, Provincia Autonoma di Bolzano, Toscana, Campania, Sardegna) volte ad impedire l'ingresso di cittadini residenti in altre regioni diretti alle "seconde case" per le vacanze pasquali, in violazione delle previsioni statali che lo consentono (art. 1, comma 3, d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, conv. in legge 12 marzo 2021, n. 29, per come interpretato nelle FAQ del Governo); v. *Le Regioni blindano le seconde case. Scontro col governo*, in *Repubblica* (versione online), 18 marzo 2021.

Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021

GIUSEPPINA BARCELLONA*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 9 marzo 2021.

Disponibile agli indirizzi: www.giurcost.org/decisioni/2021/0033s-21.html.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Enna “Kore”. Indirizzo mail: giuseppina.barcellona@unikore.it.

1. Con la tanto attesa sentenza 33/2021 la Corte costituzionale torna a pronunciarsi su un tema – quello dello *status filiationis* del bambino nato all'estero da Gestazione Per Altri (di seguito GPA) – che divide giurisprudenza e dottrina e sul quale, da ultimo, si sono espresse tanto la *Grande Chambre* della Corte EDU¹ che le Sezioni Unite della Corte di cassazione².

La questione³ sulla quale il giudice costituzionale era chiamato a pronunciarsi - lo si ricorda - riguardava il contrasto fra il diritto vivente, che di recente le Sezioni Unite hanno consolidato, e gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione (che rinvierebbe all'art. 8 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di *best interests of child*). Più precisamente, il giudice rimettente riteneva che la pronuncia delle Sezioni Unite, elevando il divieto di surrogazione di maternità a principio di ordine pubblico internazionale⁴, determinasse una grave

¹ Il riferimento è al parere consultivo del 10 aprile 2019 reso su richiesta della Corte di cassazione francese.

² Corte cass., sez. un., 12193/2019. Sul punto v. F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

³ Il *thema decidendum* viene, così, circoscritto nell'ordinanza della Corte cass., I sez. civ., 99 del 29 Aprile 2019 (*cors. nos.*): «la questione di legittimità costituzionale degli articoli 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del decreto del Presidente della Repubblica n. 396/00 [...], perché in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione, *se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente*, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, la trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico».

⁴ Su divieto di surrogazione, ordine pubblico internazionale e *best interests of the child* si rimanda, senza alcuna pretesa di essere esaustivi, a: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITTO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 119 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, pp. 169 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, pp. 815 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, pp. 737 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 377 ss.

compressione dell'interesse del minore, cui veniva negato il riconoscimento dello *status* di figlio legittimo del genitore intenzionale non biologico.

Non è questa la sede nella quale ripercorrere il complesso percorso argomentativo posto a fondamento dell'ordinanza di rimessione; e tuttavia, può sembrare utile dar conto almeno di alcuni passaggi di esso, poiché forniscono un'indispensabile punto d'osservazione a partire dal quale saggiare il ragionamento della Corte e rilevarne, ove vi fossero, le criticità.

Nella prospettiva della prima sezione civile della Corte di cassazione, il diritto vivente violerebbe il principio del superiore interesse del minore per almeno un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, esso sarebbe palesemente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha recentemente ricordato che il diritto interno deve rendere possibile il riconoscimento del legame di filiazione fra il bambino nato all'estero da GPA e il genitore intenzionale non biologico⁵. Ad un tal proposito – si rammenta nell'ordinanza – la Corte EDU chiarisce che un tale riconoscimento può avvenire anche con mezzi alternativi alla trascrizione del provvedimento giudiziario (o dell'atto di nascita) straniero nei registri dello stato civile, a condizione, però, che sia sempre garantita «l'effettività del riconoscimento» e non si esponga «il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica»⁶. Ed è proprio questo il punto. L'adozione in casi particolari, indicata dal diritto vivente come la sola possibile forma nella quale può trovare protezione l'interesse del bambino surrogato, non garantirebbe «quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis*»⁷ che la Corte di Strasburgo ha definito imprescindibile.

Ma non è solo questo. Il giudice rimettente sembra anche ritenere che la statuizione delle Sezioni Unite ed i termini dicotomici un cui vi è rappresentato il rapporto fra diritto interno e *best interests of the child* siano il prodotto di un «difetto di prospettiva»: «la tutela dell'interesse superiore del minore [...] e il principio di ordine pubblico – si ragiona - solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano»⁸.

⁵ Così Corte EDU, paragrafo 46 del parere consultivo del 10 Aprile 2019. Ad un tal proposito si rimanda a M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2019, pp. 1 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte EDU (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 28 Maggio 2019.

⁶ Corte cass., I sez. civ., 99 del 29 Aprile 2019.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

La prioritaria tutela dei diritti del minore, quindi, non verrebbe “imposta” dall’esterno, dalla CEDU cioè, e a rischio di provocare una frattura nell’ordinamento nazionale, ma sarebbe il portato dell’insieme dei principi fondamentali custoditi nella Costituzione ed implementati, nel tempo, dalla legislazione e dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Sarebbero proprio tali principi ad escludere la legittimità dell’opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite, perché persegue «un bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l’interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna [che] appare del tutto improprio»⁹. Un bilanciamento, questo, che produce come solo effetto «quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato»; e che – prosegue ancora il giudice *a quo* - «non trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale che in varie pronunce ha affermato con chiarezza che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio»¹⁰.

È, dunque, questa l’interrogazione rivolta alla Corte e che trova risposta in una sentenza di inammissibilità ed in un invito al legislatore¹¹ perché adegui «il diritto

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Un analogo “invito” al legislatore lo si trova anche nella sentenza, temporalmente gemella, n. 32/2021 (sul punto v. A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore. (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online – Studi*, 1, 2021, pp. 221 ss.)

Sebbene non sia questa la sede nella quale soffermarsi sulle numerose questioni che questa decisione solleva, può, tuttavia, sembrare utile accennarvi, anche se al solo fine di marcare la profonda distanza che la separa dalla pronuncia in commento e dal “tipo di problema” che ne costituisce l’oggetto.

Per vero, quando si vada al di là dei *nomina* utilizzati dal giudice *a quo* e dalla stessa Corte, può sembrare siano molte le differenze che separano tanto le “coordinate giuridiche” delle vicende sfociate nelle due sentenze, che gli interessi riferibili al minore di cui si reclama una più adeguata tutela.

Nel caso che ha dato origine alla sentenza 32/2021, infatti, non si dà alcun documento ufficiale (rilasciato dallo Stato italiano o da uno Stato estero), che attesti l’esistenza di un rapporto di filiazione fra le bambine nate in Italia da PMA eterologa realizzata all’estero e la madre non biologica. Parimenti, stando a quanto si evince dall’esposizione dei fatti recata dall’ordinanza di rimessione (Tribunale di Padova, ord. n. 79 del 9 Dicembre 2019), l’esistenza di un progetto genitoriale riferibile alla “coppia” non risulterebbe da alcun documento ufficiale: le due donne non erano unite civilmente in Italia, né avevano contratto matrimonio nello Stato estero in cui si erano recate per accedere alla fecondazione eterologa, né, da ultimo, il contratto stipulato con la clinica straniera, nel

vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata»¹². Un invito – si precisa nella parte motiva della decisione – “obbligato”, dal momento che nasce dalle diverse, e tutte legittime, forme nelle quali un tale adeguamento del diritto interno può essere perseguito e dalla conseguente necessità di «cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore»¹³.

2. Nell'affrontare la *quaestio* sollevata dalla prima sezione civile della Corte di cassazione, il giudice costituzionale tiene a precisare che la tutela del “preminente” interesse del minore non è certo sconosciuta all’ordinamento italiano e che, sotto molteplici profili, si dà una perfetta convergenza fra i parametri costituzionali e quelli sovranazionali¹⁴: entrambi riconoscono al *best interests* del minore prioritaria tutela, ma entrambi ammettono che una tale preminenza non può considerarsi assoluta e che i diritti del bambino, al pari di ogni altro diritto, «dovranno essere bilanciati»¹⁵. In questa prospettiva – prosegue il giudice costituzionale – vero è che

quale figura anche il consenso della donna che vorrebbe essere riconosciuta come madre legittima, appare, di per sé, in grado di supplire a tali lacune.

Nella prospettiva dell’ordinamento giuridico italiano, dunque, la posizione della donna, che rivendica la qualifica di madre (seppur solo intenzionale), sembra essere – e non si vede come potrebbe non essere – assimilabile a quella di un qualsiasi soggetto “terzo”, ad es. una zia, che conviva stabilmente con la madre biologica e le sue due figlie e che di queste ultime si prenda cura *come fosse* un genitore.

Ma se così, alle minori non può, in modo alcuno, riferirsi l’interesse ad ottenere il riconoscimento in Italia di uno *status filiationis* già acquisito (in uno Stato estero); semmai ad esse è ascrivibile il ben diverso interesse alla conservazione dei legami meramente “affettivi” con una persona con la quale non si dava alcun rapporto giuridico e che, però, si era presa cura di loro come un genitore per un, anche lungo, periodo di tempo. Il problema che una tale vicenda prospetta, perciò, non può assolutamente essere assimilato a quello che costituisce l’oggetto della sentenza in commento: il *vulnus* arrecato all’interesse dei bambini nati all’estero da GPA si dà nella perdita dello *status* già attestato da un documento ufficiale di uno Stato estero, nella differente minore tutela che è loro garantita dall’ordinamento italiano e – come si vedrà – nel *minus* sociale che la qualifica giuridica così negatagli simboleggia.

¹² Corte cost., 33/2021, 5.9 del *considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte cost., 33/2021, 5.4 del *considerato in diritto*.

¹⁵ Corte cost., 33/2021, 5.5 del *considerato in diritto*. In merito all’esigenza di bilanciare l’interesse del minore nato all’estero da GPA e un interesse alla verità «che abbia anche natura pubblica», cui si faceva già riferimento in Corte cost. 272/2017, v. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, pp. 149 ss.; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*,

l'ordinamento nazionale deve farsi carico di garantire «la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d'intenzione”»¹⁶, ma è anche vero, però, che una tale istanza «non può essere considerat[a] automaticamente prevalente rispetto a ogni altro interesse in gioco»¹⁷. D'altronde – si rammenta nel dispositivo della sentenza – la stessa Corte EDU riconosce che i singoli stati godono, in questa materia, di un certo margine di apprezzamento e possono, perciò, vietare la trascrizione dei provvedimenti giudiziari stranieri che attestano «sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al “genitore d'intenzione”; e ciò allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato può ben considerare lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne»¹⁸.

Sono, allora, questi i principi a partire dai quali il giudice costituzionale si appresta ad analizzare il bilanciamento implementato dalla statuizione delle Sezioni unite per accertarne la ragionevolezza, per verificare, cioè, se l'interesse dello Stato a scoraggiare il ricorso alla surrogazione di maternità sia stato realmente perseguito imponendo ai diritti del bambino il minor sacrificio possibile. Nell'accostarsi ad una tale valutazione la Corte procede, innanzitutto, ad una sorta di “separazione dei piani”: essa, infatti, giudica il diritto vivente coerente con i parametri costituzionali e sovranazionali *nella parte in cui* esclude la «trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* dell'atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il “padre d'intenzione”»¹⁹; di contro, lo reputa (il diritto vivente) insufficiente laddove affida la tutela dei diritti del bambino nato all'estero da GPA allo strumento dell'adozione in casi particolari²⁰.

Questa comprensione dell'orientamento delle Sezioni Unite, e i due autonomi piani in cui esso viene scomposto, chiarisce anche il senso della “terza via” indicata dal giudice costituzionale, che si propone, così, di tenere insieme l'interesse del bambino surrogato e quello dello Stato, conciliandoli. Ancora una volta le due Corti – quella italiana e quella di Strasburgo – si muovono all'unisono: «il punto

2, 2018, pp. 1 ss.; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, pp. 1 ss.

¹⁶ Corte cost., 33/2021, 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., 33/2021, 5.5 del *considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost., 33/2021, 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁹ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

²⁰ Il giudice costituzionale ritiene, infatti, (Sent. 33/2021, 5.8 del *considerato in diritto*) che «il possibile ricorso all'adozione in casi particolari [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati».

di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU – si legge nel dispositivo della sentenza – appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana»²¹. Questo “punto d’equilibrio” – come vi viene definito – è indicato in «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»²². Dunque, non la trascrizione dell’atto di nascita (o del provvedimento giudiziario) straniero che attesta, *ab origine*, il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico, ma un procedimento in grado di “mimarne” gli effetti, perché capace di garantire i diritti del bambino «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»²³. La soluzione suggerita dalla Corte italiana è, quindi, realizzata correggendo il diritto vivente *nella sola parte in cui* vi è predisposta un’insufficiente tutela dei diritti del bambino, con la convinzione che si possa, così, scongiurare il rischio di strumentalizzare «la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»²⁴.

Il problema è che questa “terza via” ed il compromesso di cui è latrice può sembrare poggiare su un’illusione ottica e si traducano, proprio per questa ragione, in un bilanciamento che, seppur coerente con le indicazioni della Corte EDU, non è detto sia in grado di reggere la prova dei principi costituzionali.

La disarticolazione in due piani autonomi – che fanno rispettivamente capo all’interesse dello Stato ed a quello del bambino - della soluzione prospettata dal diritto vivente rappresenta come scindibile ciò che, nella realtà, tale non è: lo “strumento” di cui ci si avvale per scoraggiare il ricorso ad una “pratica procreativa ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità della donna” è, ancora una volta, lo *status* del bambino; i piani che si erano presentati come autonomi finiscono, così, con il sovrapporsi e le conseguenze delle azioni compiute dal mondo adulto finiscono, inesorabilmente, con il ricadere sul figlio. Certo, la “terza via” indicata dalla Corte attenua, e considerevolmente, la compressione del *best interests* del minore, che, qui, troverebbe protezione in una forma di adozione celere e sovrapponibile, nei contenuti, a quella legittimante. E tuttavia, è difficile non accorgersi che la protezione dei diritti e della dignità della donna passa attraverso la negazione della dignità del bambino, che diviene il “mezzo” su cui si costruiscono le politiche di deterrenza statali. Il contrasto fra la protezione della dignità della donna e la strumentalizzazione di quella del figlio diviene, se possibile, perfino più stridente quando si pensi che la prima, seppur costretta dalle

²¹ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

²² *Ibidem*.

²³ Così si esprimeva la Corte costituzionale nella storica sentenza 347/1998.

²⁴ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

presumibili condizioni di bisogno, ha comunque dato il proprio consenso all'accordo di surrogazione, mentre il secondo, privo della possibilità stessa di esercitare una scelta, diviene «il portatore delle conseguenze del comportamento dei genitori»²⁵, perché la sua stessa nascita «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁶.

Ma il punto non è solo questo. Il bilanciamento suggerito dalla Corte costituzionale e il doveroso richiamo al legislatore «perché adegui il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata»²⁷ poggiano sul presupposto che si dia, realmente, «un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione»²⁸; che, dunque, lo “spazio” puntellato dalla tutela “minima” degli interessi dello Stato e del bambino sia “vuoto”, non sia, cioè, presidiato da principi (costituzionali) in grado di condizionare l'esercizio futuro della discrezionalità legislativa. Proprio quest'assunto, e la “terza via” che su di esso poggia, parrebbero, però, smentiti dall'insieme delle *rationes* desumibili dalla normativa in materia di *status filiationis* e da importanti pronunce della stessa Corte costituzionale. Sono diverse le decisioni del giudice costituzionale cui è fatto riferimento nell'ordinanza di rimessione e fra queste, di certo, risalta la sentenza 494/2002, che ha sanzionato l'illegittimità costituzionale degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1 c.c. con la seguente motivazione: l'adozione di misure sanzionatorie non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»²⁹.

È questo un principio fondamentale del sistema costituzionale italiano, che concorre a formare – come pure rileva il giudice *a quo* - l'ordine pubblico internazionale al pari, e forse più, del divieto di surrogazione. Ma è anche un principio che le Sezioni unite e lo stesso giudice costituzionale si ostinano a non voler considerare pienamente, sebbene esso si presti a risolvere, nelle forme dell'*analogia juris*, proprio il “tipo di problema” sollevato dai certificati di nascita dei bambini nati all'estero da surrogazione di maternità. In quell'occasione, infatti, la Corte non si limitava ad enunciare il diritto del minore ad uno *status filiationis* ed alle garanzie che da esso discendono, ma si spingeva ben oltre: ciò che questa decisione istituisce è la radicale separazione fra la sfera giuridica del genitore e quella del bambino, e dunque l'assoluta *non bilanciabilità* dei diritti di quest'ultimo con l'interesse della comunità statale a punire la condotta di chi ne ha violato le

²⁵ Corte cost., 494/2002, 6.1 del *considerato in diritto*.

²⁶ Corte cost., 272/2017, 4.2 del *considerato in diritto*.

²⁷ Corte cost., 33/2021, 5.9 del *considerato in diritto*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Corte cost., 494/2002, 6 del *considerato in diritto*.

regole, anche quando queste fossero, come nel caso del divieto di incesto o di quello di surrogazione³⁰, assistite da una sanzione di natura penale.

Una *regula juris*, quella che così si enunciava, che trova, in seguito, conferma anche nell'art. 9 l. 40/2004, con il quale il legislatore blinda lo *status* del bambino nato dal ricorso alla, in principio vietata, fecondazione eterologa³¹ e la cui *ratio* è indicata dallo stesso giudice costituzionale nella necessità di garantire i diritti del figlio «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene le relative responsabilità»³². Anche in questo caso, si intendeva escludere che le conseguenze delle azioni del mondo adulto, pur punite nella forma della meno grave sanzione amministrativa, potessero riverberarsi sulla sfera giuridica del minore mettendone in forse i diritti. Anche in questo caso, un tale obiettivo era perseguito assicurando l'intangibilità dell'interesse del minore, e quindi escludendo che il suo *status* e l'interesse dello Stato a sanzionare la condotta dei genitori potessero formare oggetto di un qualche bilanciamento.

Ma se così, il “punto d'equilibrio” indicato dal giudice di Strasburgo e sul quale la Corte costituzionale finisce con l'appiattirsi contraddice proprio un tale fondamentale principio, privando lo *status* del bambino surrogato di quell'impermeabilità che avrebbe, invece, dovuto garantirne il miglior interesse. La comunità statale – questa volta – esige che qualcuno sia chiamato a rispondere della grave offesa arrecata al valore della dignità della donna; e poco importa se a risponderne sarà un soggetto “totalmente privo di responsabilità” e se, per ottenere “giustizia”, si dovrà fare abiura e introdurre una “frattura” nell'ordinamento, ammettendo che in un caso – e solo in uno – delle colpe dei padri siano chiamati a rispondere i figli³³. L'atto di nascita del bambino nato da GPA non potrà essere

³⁰ Può sembrare opportuno ricordare che la sanzione prevista dall'art. 564 c.p. per il reato di incesto è ben più grave di quella prevista dall'art 12, comma 6, l. 40/2004 (divieto di surrogazione di maternità), e che i fatti che ne costituiscono l'oggetto – come pure ricordava, in quell'occasione, la Corte - «dalla coscienza sociale (sono) considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali».

³¹ L'art. 9 l. 40/2004, infatti, esclude che lo *status filiationis* del bambino nato da fecondazione eterologa possa essere oggetto delle azioni previste agli artt. 235, comma 1, nn. 1 e 2 e 265 c.c. da parte del genitore non biologico che abbia dato il proprio consenso alla fecondazione eterologa: la protezione predisposta dalla legge in favore del minore e dei suoi interessi presuppone, perciò, che questi abbia già acquisito lo *status* di figlio legittimo del genitore intenzionale. Proprio questa condizione, invece, mancherebbe nel caso, cui pure si è fatto cenno, delle due bambine nate in Italia da fecondazione eterologa, alle quali, dunque, non sembra possa estendersi la tutela predisposta dalla l. 40/2004.

³² V. Corte cost., 347/1998 (*cors. nos.*)

³³ Violando, così, il principio personalistico e quello di eguaglianza che erano serviti allo stesso giudice costituzionale (sent. 494/2002) per affermare l'inviolabile diritto allo *status* dei figli incestuosi.

trascritto, di modo che questi sarà costretto – se il legislatore dovesse conformarsi ai suggerimenti delle due corti – a seguire un percorso *ad hoc* per veder riconosciuto il rapporto affettivo che lo lega al genitore non biologico. Certo, sarà un percorso che lo condurrà, alla fine, a godere dei medesimi diritti del figlio legittimo, ma che continuerà comunque a marcarne lo *status*. Una distinzione, quella suggerita dalla Corte, che non trova appiglio in alcun principio costituzionale: non nella omosessualità della coppia che ha voluto la nascita del bambino, non nell'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione. Dunque, un *discrimen* privo di fondamento normativo ed al quale non consegue un differente trattamento giuridico, ma, proprio per questa ragione, un *discrimen* che presenta, in modo chiaro ed incontrovertibile, un forte valore simbolico: esso testimonia la volontà di segnare questi figli, di additarne la diversità perché la loro nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui desiderano far parte.

Della coerenza di questa “discriminazione” con il principio d'eguaglianza e con il canone della ragionevolezza è certo lecito dubitare; ma è questo un problema che si porrà, se mai si porrà, nel caso in cui il legislatore dovesse recepire i suggerimenti della Corte: bisognerà, allora, spiegare quale principio costituzionale può giustificare la “terza via” che i bambini nati da surrogazione si troveranno a percorrere e che sempre ne marcherà lo *status* distinguendoli da tutti gli altri “figli”.

Ma ciò che, soprattutto, preme sottolineare è che la Corte, con questa sentenza, ha trasformato la “bella bandiera” della dignità della donna in una “brutta bandiera”. “L'intollerabile offesa alla dignità della donna”³⁴ giustifica la strumentalizzazione dei diritti del minore, che, nel silenzio di tutti, diviene un “mezzo utile” a disincentivare il comportamento altrui. Essa diviene, perciò, il vessillo dietro il quale si dissimula l'abiura di un fondamentale principio di civiltà giuridica che lo stesso giudice costituzionale aveva contribuito a forgiare: la dignità della donna diviene la “brutta bandiera” che i bambini surrogati saranno chiamati a portare, simbolo indelebile delle colpe dei loro padri.

³⁴ Così Corte cost., 272/2017.

Verso “Lautsi-bis”? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio*

JOSEPH H.H. WEILER**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il caso Lautsi. – 3. La scelta degli studenti: una *reasonable accommodation*. – 4. L’assenza di una discriminazione nel caso sottoposto alla Cassazione. – 5. La laicità confessionale e la proporzionalità della sanzione a carico del docente. – 6. La vera “neutralità”.

Data della pubblicazione sul sito: 21 maggio 2021

Suggerimento di citazione

J.H.H. WEILER, *Verso “Lautsi-bis”? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Intervento al seminario *Verso “Lautsi-bis”? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio*, organizzato, il 13 maggio 2021, dal Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche dell’Università degli studi di Milano “Bicocca”. Il seminario ha preso spunto dal caso, attualmente all’esame delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, di un docente, sospeso per trenta giorni per aver rimosso il crocifisso dall’aula in cui faceva lezione, in contrasto con la volontà degli studenti, favorevoli invece all’esposizione del simbolo religioso. In ragione della particolare autorevolezza dell’autore, il contributo è pubblicato senza ricorso alla procedura di valutazione, ai sensi dell’art. 7 del regolamento della Rivista.

** University Professor, Joseph Straus Professor of Law e European Union Jean Monnet Chaired Professor nella New York University. Indirizzo mail: joseph.weiler@nyu.edu.

1. Introduzione

In questo mio intervento, mi ripropongo di affrontare il tema della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche alla luce dei principi europei e del diritto costituzionale comparato.

La mia riflessione si snoderà attorno a tre punti. Il primo riguarda il contenuto della sentenza *Lautsi* della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'applicazione dei suoi principi al caso del docente sospeso per trenta giorni dall'insegnamento per aver riposto il crocifisso nel cassetto all'inizio delle sue lezioni, in contrasto con la volontà degli studenti e con la delibera del preside. Ricordo che il caso *Lautsi* è stato deciso dalla giurisdizione più alta in materia di diritti fondamentali in Europa, con una maggioranza schiacciante di quindici giudici contro due.

Il secondo punto è relativo alla natura della libertà religiosa, che è insieme libertà positiva e libertà negativa: ogni persona ha diritto alla libertà di religione e, al contempo, ha diritto alla libertà dalla religione, ovvero a non subire alcuna coercizione in materia religiosa. È subito evidente che tra queste due accezioni esiste una tensione. Per una persona di religione ebraica, sulla porta di ogni stanza deve essere presente la *Mezuzah*, in modo simile a quanto avviene con il crocifisso. Se una scuola decide di non apporre la *Mezuzah* - o il crocifisso - nelle sue aule, un insegnante (o uno studente) credente potrebbe sostenere che vi sia una violazione della sua libertà religiosa. Un laico, come l'insegnante del caso qui discusso, laico e non semplicemente agnostico, che viva la sua laicità proprio come una religione - e dobbiamo assolutamente rispettare questa "fede" - potrebbe affermare il contrario, e cioè che dover insegnare in presenza di un simbolo religioso, crocifisso o *Mezuzah* che sia, lede la sua libertà negativa di religione, cioè la libertà di non subire alcuna coercizione in materia religiosa.

È evidente, dunque, che in materia di simboli religiosi all'interno di spazi pubblici c'è una tensione strutturale tra libertà religiosa positiva e negativa: o si realizza pienamente la libertà religiosa del credente e si offende il laico; oppure si realizza interamente la libertà dalla religione del laico, offendendo così il credente. Il caso all'esame della Cassazione non è semplice, perché realizzare in modo pieno la libertà religiosa di una persona rischia di porre in pericolo la libertà dalla religione di un'altra persona, e viceversa. Vedremo come la Corte di Strasburgo ha risolto questo dilemma nel caso *Lautsi*. Più in generale, occorre partire dalla constatazione che viviamo in una società multiculturale: anche in Italia convivono laici e credenti, ebrei, cattolici e musulmani. Non possiamo vivere insieme se non insegnando nelle scuole la tolleranza e l'accettazione dell'altro, finché non sono violati i miei diritti fondamentali.

Infine, il terzo punto che tratterò è forse il più importante: esso può essere compendiato nell'affermazione che il muro bianco non è neutrale. Si sostiene

spesso l’idea che l’assenza di simboli religiosi su un muro sarebbe una scelta neutrale. In realtà, non lo è. Perché? Può chiarirlo un esempio che si può ritrovare nella difesa che ho svolto davanti alla Grande Chambre della Corte Europea dei diritti dell’Uomo sul caso Lautsi (<https://www.youtube.com/watch?v=ioyIyxM-gnM>):

«Marco e Leonardo sono amici e si apprestano a iniziare ad andare a scuola. Leonardo va a trovare Marco a casa per la prima volta. Entra e nota un crocifisso sulla parete dell’ingresso. “Che cos’è?”, domanda. “Un crocifisso – perché, tu non ce l’hai? Ogni casa dovrebbe averlo”. Leonardo ritorna a casa agitato. Sua madre con pazienza gli spiega: sono cattolici credenti. Noi rispettiamo loro e le loro credenze. Sicuramente la risposta di una madre ferma e decisa come la signora Lautsi sarebbe “da noi, però, no”. E giustamente. È una visione laica del mondo quella che vuole insegnare ai suoi figli. Ora immaginiamo una visita di Marco a casa di Leonardo. “Wow – esclama – nessun crocifisso? Una parete vuota?”. Ritorna a casa agitato. “Beh – spiega la madre – sono una famiglia splendida, buoni, gentili e caritatevoli. Ma non condividono la nostra fede nel Salvatore. Noi li rispettiamo”. “Quindi possiamo togliere il nostro crocifisso?”. “Certo che no. Li rispettiamo, ma per noi è impensabile avere una casa senza crocifisso”. Il giorno seguente i due bambini vanno a scuola – per la prima volta. È una giornata emozionante. Immaginate che trovino una scuola col crocifisso. Leonardo ritorna a casa agitato: “La scuola è come casa di Marco. Sei sicura, mamma, che va bene non avere un crocifisso?”. È questa la sostanza della rimostranza della signora Lautsi. Ma immaginate anche che il primo giorno le pareti siano spoglie. Marco ritorna a casa agitato. “La scuola è come casa di Leonardo”, grida. “Vedi, te lo avevo detto che non ci serve”».

In sintesi: si pensi a due famiglie, una molto cattolica e l’altra molto laica. La famiglia cattolica ritiene che debba esserci un crocifisso in qualsiasi stanza, in ospedale come a scuola o a casa. La famiglia laica si opporrà al crocifisso, considerando la sua presenza una violazione della propria libertà di coscienza. Non esporre il crocifisso dà soddisfazione alle aspirazioni della famiglia laica, ma non è una scelta neutrale.

2. Il caso Lautsi

Veniamo al primo punto, e cioè il contenuto della sentenza Lautsi. In essa la Corte di Strasburgo ha stabilito che sono legittime tanto la disciplina francese, che proibisce l’esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici, quanto quella italiana, che prevede invece la sua ostensione. Si tratta di due scelte legittime e uguali dal punto di vista della neutralità, nel senso che nessuna delle due è neutrale. È legittima la scelta francese per la laicità ed è legittima la scelta italiana a favore del crocifisso. Né la scelta francese viola i diritti fondamentali alla libertà religiosa e

alla libertà dalla religione, né li viola la scelta italiana. La Corte ha riconosciuto, inoltre, che il crocifisso è un simbolo passivo. Se si chiedesse agli studenti di mostrare una qualche forma di riverenza con un gesto esteriore, come ad esempio una genuflessione, si concretizzerebbe una coercizione in materia religiosa. Diversamente un simbolo passivo non è come tale idoneo a comportare alcuna violazione del diritto fondamentale alla libertà di religione e alla libertà dalla religione. Ciascuno Stato può optare per esporre il crocifisso o meno. Secondo il giudice di Strasburgo, in entrambe le ipotesi si tratta di una scelta legittima e democratica, che non viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. La scelta degli studenti: una *reasonable accommodation*

La vicenda all'esame della Cassazione è molto interessante, perché non esiste né una normativa che obblighi la scuola ad esporre il crocifisso, né una che lo proibisca. Che fare, dunque? Per rispondere appare opportuno riprendere il pensiero di Marta Cartabia, la quale ha introdotto nel dibattito italiano ed europeo l'idea della *reasonable accommodation*: un approccio che mira a una soluzione intermedia, nei casi in cui è impossibile optare per una scelta che accontenti tutti. Occorre, dunque, individuare una *reasonable accommodation* tra libertà religiosa e libertà dalla religione. A prescindere dai dettagli della vicenda di cui si discute, se fossi stato al posto del preside, avrei seguito il ragionamento seguente: non esiste una normativa vincolante; c'è una comunità di studenti; quelli credenti potrebbero chiedere che sia esposto il crocifisso e quelli non credenti potrebbero, invece, domandare che non lo sia. Laddove si aderisce seriamente alla laicità essa non ha meno importanza di quanta ne abbia una religione per chi la professa. Senza saperlo, il preside della scuola ha scelto la soluzione fatta propria dalla Corte costituzionale federale tedesca, decidendo di ascoltare gli studenti (o genitori nel caso tedesco): se la maggioranza lo chiede, si espone il crocifisso; al contrario, se la maggioranza si esprime contro l'ostensione del simbolo, esso non va esposto. Quale che sia il risultato concreto, la modalità impiegata appare del tutto ragionevole e adeguata a dare soluzione a un problema che non si presta a essere risolto in modo pienamente soddisfacente per tutti. È la volontà degli studenti che risolve la questione della esposizione del crocifisso. Qualunque sia la decisione, la scuola si assume corrispondentemente un nuovo obbligo: se gli studenti - o, poiché sotto tale profilo il ragionamento vale allo stesso modo, lo Stato italiano - decidono di esporre il crocifisso, simbolo passivo ma eloquente, mostrano di riconoscere una qualche legittimazione alla religione cattolica; pertanto, è dovere della scuola insegnare il rispetto nei confronti dei non credenti, affinché l'esposizione del simbolo religioso non possa essere intesa come una mancanza di rispetto. All'opposto, se viene preferita la soluzione contraria all'esposizione del crocifisso, poiché tale scelta può urtare la sensibilità dei credenti - tanto quanto la sua

presenza può turbare la coscienza degli studenti laici - la scuola ha l'obbligo, tipico in una società multiculturale, che crede nel pluralismo e nella tolleranza, d'insegnare che, nonostante l'assenza del crocifisso, permane il rispetto per i credenti. In definitiva, dal momento che tanto la presenza, quanto l'assenza del simbolo religioso sono in grado di offendere le diverse sensibilità e di apparire alla stregua di una mancanza di rispetto, il sistema educativo è tenuto a bilanciare le conseguenze dell'una o dell'altra scelta.

Questa posizione è non solo ragionevole da un punto di vista politico e culturale, ma anche perfettamente in linea con i principi costituzionali europei poiché non c'è lesione né della libertà di religione né della libertà dalla religione, così come ricostruite dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: entrambe le soluzioni sono accettabili dal punto di vista dei diritti coinvolti.

Prima di considerare il caso del docente sospeso dall'insegnamento, è opportuno formulare un esempio. Immaginiamo una scuola ebraica. In ogni aula c'è una *Mezuzah* sulla porta. Se un docente volesse insegnare in tale scuola, sarebbe il benvenuto a prescindere dal suo credo: cattolico, musulmano, buddista o laico non avrebbe alcuna importanza, purché fosse un buon insegnante. Ma il docente dovrebbe accettare di trovarsi in una scuola ebraica, nella quale sulla porta delle aule c'è la *Mezuzah*. Se l'insegnante eccepisse di sentirsi offeso da questo simbolo religioso, gli si risponderebbe a ragione che non è obbligato a insegnare nella scuola ebraica. In tale situazione non si verificherebbe nessuna discriminazione. Lo stesso si potrebbe dire qualora l'esempio riguardasse una scuola laica. Immaginiamo che in questa scuola si sia svolta un'assemblea di studenti, che abbia deciso di non esporre il crocifisso. Come già dimostrato, si tratta di una scelta che non viola la CEDU e i principi costituzionali europei. Ma se in questa scuola andasse a lavorare un sacerdote cattolico e questi sostenesse di non essere libero d'insegnare senza il crocifisso affisso alla parete, sarebbe legittimo ribattere che nella scuola si è deciso sul punto e che egli, rimanendo un uomo libero, ha diritto di cercare un altro luogo dove insegnare. Di nuovo, entrambe le decisioni sono legittime, perché, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'assenza del crocifisso non viola la libertà religiosa, nello stesso identico modo in cui nemmeno la presenza del crocifisso viola la libertà religiosa.

La soluzione scelta nel caso all'esame della Cassazione mi sembra molto acuta, perché si rimette la decisione agli studenti. Questi avrebbero potuto esprimersi, come hanno fatto, a favore del crocifisso, ma avrebbero anche potuto decidere di non avere il crocifisso in aula.

4. L'assenza di una discriminazione nel caso sottoposto alla Cassazione

Se si passa ad analizzare l'argomento della esistenza di una discriminazione nel caso all'esame della Cassazione, si vedrà subito che esso è infondato.

Infatti, la posizione della scuola potrebbe essere riassunta così nel seguente modo. Mancando una soluzione che possa accontentare tutti, ne consegue che l'assenza del crocifisso offende il credente e la sua presenza offende il laico: dunque, la questione va risolta accogliendo l'indicazione della maggioranza degli studenti presenti in un'aula. Se la maggioranza decidesse di non esporre il crocifisso e il nostro ipotetico sacerdote prima richiamato, entrando nell'aula spoglia, insistesse nell'apporre il crocifisso alla parete, sostenendo che egli non può insegnare senza il crocifisso, meriterebbe di essere sospeso al pari dell'insegnante laico che non ha voluto insegnare con il crocifisso esposto. Dov'è quindi la discriminazione? Discriminare significa trattare casi uguali in maniera ineguale e casi differenti in maniera eguale. La scuola in questo caso tratta casi uguali in maniera eguale. Non c'è alcuna discriminazione.

Il nocciolo della questione sta piuttosto nel fatto che la libertà religiosa è libertà positiva e al contempo libertà negativa ed è impossibile accontentare tutti. Ogni soluzione potenzialmente offende qualcuno. La scelta giusta è quella che tratta casi uguali in modo uguale: il sacerdote non può mettere il crocifisso, che è stato tolto a maggioranza; il laico non può togliere il simbolo che a maggioranza è stato esposto. Non c'è alcuna discriminazione.

5. La laicità confessionale e la proporzionalità della sanzione a carico del docente

Per quanto riguarda la sanzione della sospensione del docente, a mio avviso è sproporzionata: io avrei direttamente licenziato il professore, cioè non trenta giorni di sospensione, ma il licenziamento. E ciò per due ragioni: primo, l'insegnante deve rispettare le norme della scuola che non violano i diritti fondamentali - come nella sua vicenda alla luce della decisione della Corte di Strasburgo nel caso Lautsi - e che sono applicate in maniera eguale; non è ammissibile che un insegnante imponga agli altri le proprie convinzioni. La seconda ragione è che, da preside, non vorrei mai che insegnasse nella mia scuola e ai miei studenti una persona che mancasse di rispetto per gli altri, che si dimostrasse incapace di comprendere le norme del pluralismo e della tolleranza. In una società multiculturale come quella italiana non c'è posto per un insegnante che affermi "egoisticamente" che il suo diritto alla libertà religiosa è più importante del diritto alla libertà religiosa degli alunni, sapendo che se la maggioranza avesse votato per togliere il crocifisso la decisione sarebbe stata egualmente rispettata.

La condotta dell'insegnante mira a reintrodurre uno Stato confessionale, la cui religione è la laicità imposta a tutti, allo stesso modo in cui un tempo s'imponesse la cristianità. Docenti di questo tipo non dovrebbero trovare spazio in una scuola pluralista. In essa si dovrebbe, infatti, insegnare rispetto per i laici, se una classe decidesse di esporre il crocifisso, e rispetto per i credenti, se una classe votasse di

non averlo. Il primo è l’atteggiamento di chi pensa che il proprio diritto conti più di quello degli altri e che vuole imporlo violando il diritto altrui; mentre il secondo è l’atteggiamento democratico, liberale e pluralista.

6. La vera “neutralità”

La laicità è considerata oramai come una visione del mondo secondo cui lo stato è secolare, intendendo con ciò che non può esserci una manifestazione ufficiale di religione da parte di autorità pubbliche e in spazi pubblici. Non è più “neutrale” o “imparziale” di quanto lo fosse il vecchio Stato confessionale. Non è necessario ridefinire la laicità. C’è invece bisogno di definire meglio che cosa significa per lo Stato e le autorità pubbliche essere “imparziali” in una società, come quella italiana, dove ci sono persone che si considerano fedeli cattolici e altre che si considerano laiche. Imparzialità significherebbe per lo Stato e le autorità pubbliche non schierarsi tra queste due visioni del mondo.

Ecco, secondo me, un esempio illuminante. Nel nome della “neutralità” uno Stato, per esempio gli Stati Uniti, finanzia solo le scuole secolari, ma non quelle religiose. I genitori che vogliono che i figli ricevano una educazione laica naturalmente ne sono contenti. I genitori che desiderano che i figli ricevano una educazione religiosa meno. Invece, per esempio il Regno Unito e i Paesi Bassi, nel nome della stessa “neutralità” sovvenzionano le scuole secolari, le scuole protestanti, le scuole cattoliche, le scuole ebraiche e le scuole musulmane. Quale ritenete più neutrale? In quale dei due modelli, quello degli Stati Uniti o quello del Regno Unito e dei Paesi Bassi, lo Stato è imparziale e neutrale?

Ritengo che la laicità italiana dovrebbe essere intesa nel senso di imparzialità, di non schierarsi in una società che è divisa tra queste due visioni del mondo. Laicità dovrebbe significare imparzialità, non secolarismo. L’alternativa è ritornare al modello dello Stato confessionale, con il secolarismo come religione professata. Grazie, ma no, grazie.

La disciplina regionale sul “controllo del vicinato” al vaglio del giudice delle leggi: un’ulteriore pronuncia nella giurisprudenza costituzionale in tema di sicurezza pubblica (a margine di Corte cost., sent. n. 236/2020)

OMAR CARAMASCHI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 21 ottobre 2020

Disponibile all’indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0236s-20.html>

Sommario

1. La legge veneta sul controllo di vicinato. – 2. La disciplina regionale del controllo di vicinato come violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di “ordine pubblico e sicurezza”. – 3. La non riconducibilità del controllo di vicinato previsto dalla legge veneta al coordinamento tra Stato e Regioni in materia di “ordine pubblico e sicurezza”. – 4. Riflessioni conclusive sul controllo di vicinato, anche in vista di un’eventuale disciplina di esso da parte del legislatore statale.

Data della pubblicazione sul sito: 26 maggio 2021

Suggerimento di citazione

O. CARAMASCHI, *La disciplina regionale sul “controllo del vicinato” al vaglio del giudice delle leggi: un’ulteriore pronuncia nella giurisprudenza costituzionale in tema di sicurezza pubblica (a margine di Corte cost., sent. n. 236/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale interno, comparato ed europeo nell’Università degli studi di Genova. Indirizzo mail: omar.caramaschi@edu.unige.it

1. La legge veneta sul controllo di vicinato

Di notevole interesse risulta la sentenza n. 236 del 2020 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 117, secondo comma, lett. h), e 118, terzo comma, Cost., dell'intera legge della Regione Veneto 8 agosto 2019, n. 34 ("Norme per il riconoscimento ed il sostegno della funzione sociale del controllo di vicinato nell'ambito di un sistema di cooperazione interistituzionale integrata per la promozione della sicurezza e della legalità").

La legge veneta impegnava la Regione ad incentivare la collaborazione tra le amministrazioni statali, le istituzioni locali e la società civile «al fine di sostenere processi di partecipazione alle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza urbana ed integrata, di incrementare i livelli di consapevolezza dei cittadini circa le problematiche del territorio e di favorire la coesione sociale e solidale» (art. 1).

A tal proposito la legge introduceva il c.d. "controllo di vicinato" definendolo come «quella forma di cittadinanza attiva che favorisce lo sviluppo di una cultura di partecipazione al tema della sicurezza urbana ed integrata per il miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità, svolgendo una funzione di osservazione, ascolto e monitoraggio, quale contributo funzionale all'attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio» (art. 2, comma 2).

In particolare poi la medesima legge stabiliva che il controllo del vicinato si realizzasse «attraverso una collaborazione tra Enti locali, Forze dell'Ordine, Polizia Locale e con l'organizzazione di gruppi di soggetti residenti nello stesso quartiere o in zone contigue o ivi esercenti attività economiche» i quale integrassero «l'azione dell'amministrazione locale di appartenenza per il miglioramento della vivibilità del territorio e dei livelli di coesione ed inclusione sociale e territoriale» (art. 2, comma 3). Inoltre, la suddetta legge prevedeva «la stipula di accordi o protocolli di intesa per il controllo di vicinato con gli Uffici Territoriali di Governo da parte degli enti locali in materia di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica» (art. 2, comma 4); interventi di promozione e sostegno del controllo di vicinato (artt. 3 e 4); la creazione di una banca dati al fine di raccogliere le misure attuative dei protocolli di intesa e dei patti per la sicurezza urbana sottoscritti nel territorio regionale volti ad introdurre forme di coinvolgimento di vicinato (art. 5).

La Corte costituzionale ha ritenuto fondato il ricorso del Presidente del Consiglio in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettera h), e 118, terzo comma, Cost., mentre ha dichiarato l'assorbimento con riguardo all'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., altro parametro invocato dal ricorso governativo.

Il thema decidendum consta di due profili, entrambi correlati al riparto di competenze tra Stato e Regioni: da un lato, l'effettiva incidenza della legge

regionale impugnata sulla materia di legislazione esclusiva statale “ordine pubblico e sicurezza”; dall’altro lato, la riconducibilità o meno delle disposizioni impugnate a forme di coordinamento tra Stato e Regioni in tema di “ordine pubblico e sicurezza”, già fissate dalla normativa statale in attuazione dell’art. 118, terzo comma, Cost.

2. La disciplina regionale del controllo di vicinato come violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di “ordine pubblico e sicurezza”

Riguardo al primo dei due profili poc’anzi citati, l’impugnazione della legge veneta offre alla Corte costituzionale l’ennesima occasione per tornare su un ambito della sua cospicua giurisprudenza costituzionale volta a definire sia la portata della materia “ordine pubblico e sicurezza”, sia lo scontro competenziale tra Stato e Regioni che, in tale materia, è particolarmente consistente.

Innanzitutto il giudice delle leggi richiama la sentenza n. 285 del 2019 con la quale aveva riassunto i propri orientamenti, integralmente confermati nella decisione che si commenta.

In particolare si ricorda che l’endiadi tra “ordine pubblico” e “sicurezza”, contenuta nella lettera h) dell’art. 117, secondo comma, Cost., allude a quelle «funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l’integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l’esistenza stessa dell’ordinamento»¹.

¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 2019, punti 2.2. e 2.3 del *Considerato in diritto*, laddove si richiama Corte costituzionale, sentenza n. 290 del 2001, punto 2 del *Considerato in diritto*. Si tratta di un’endiadi già presente sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale (v. sentenze n. 77 del 1987 e n. 218 del 1988), sia nella legislazione, come all’art. 159, secondo comma, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59”) laddove le due nozioni vengono richiamate congiuntamente al fine di qualificare la competenza statale in materia di “ordine pubblico e sicurezza” come l’insieme delle «misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell’ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l’ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni».

Quanto alla dottrina v., tra gli altri, P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3/2002, 483-530; M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica: profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2010; M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in *Astrid*

Queste funzioni, come osservato nella sentenza n. 285 del 2019, costituiscono una «materia in senso proprio», vale a dire «una materia oggettivamente delimitata che di per sé non esclude l'intervento regionale in settori ad essa liminari»; la Corte invero ha declinato in maniera pluralista la nozione di sicurezza (con ciò valorizzando il principio autonomistico *ex art. 5 Cost.*), operando una distinzione tra «sicurezza in “senso stretto” (o sicurezza primaria)» riconducibile al «nucleo duro della sicurezza di esclusiva competenza statale» e una «sicurezza “in senso lato” (o sicurezza secondaria)», o altrimenti definita “sicurezza integrata” (v. *infra*), in grado di «ricomprendere un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza anche regionale»².

Il giudice costituzionale pertanto non solo rimarca, come già evidenziato nella sentenza n. 285 del 2019, la possibilità per le Regioni di realizzare, nell'ambito della “sicurezza secondaria”, «una serie di azioni volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell'ambito di competenze ad esse assegnate in via residuale o concorrente»³, ma porta a sostegno di ciò una serie di pronunce recenti, nelle quali tali principi testé enunciati hanno trovato applicazione, sia in decisioni di infondatezza, sia di fondatezza⁴.

Rassegna, 22/2010, 1-9; T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in S. VIDA (a cura di), *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, 275-301; T.F. GIUPPONI, *Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale: il caso della “sicurezza”*, in *Le Regioni*, 5/2010, 1118-1125; A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 1-9; F. PAOLOZZI, *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza pubblica*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2011, 887-912; M. RUOTOLO, *Brevi riflessioni sul concetto di sicurezza (nel gioco del bilanciamento)*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2011, vol. VI, 2895-2925.

² Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*, nonché Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.2 del *Considerato in diritto*. Inoltre cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 290 del 2001, punto 2 del *Considerato in diritto*, laddove si afferma che la definizione di “ordine pubblico e sicurezza”, come consolidata nella giurisprudenza costituzionale, deve riferirsi alla tutela non di «qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile. Una siffatta precisazione è necessaria ad impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali».

³ Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*, nonché Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.2 del *Considerato in diritto*, laddove si richiamano alcune recenti pronunce che hanno ritenuto

Riguardo alla legge regionale scrutinata nella sentenza in esame, deve osservarsi che essa ruota intorno al riconoscimento di una “funzione sociale” al controllo di vicinato come formula espressiva del principio di sussidiarietà orizzontale e di conseguente partecipazione dei privati cittadini all’esercizio di funzioni pubbliche: in tal senso, centrale è la nozione di “controllo di vicinato”, poc’anzi richiamata.

Benché la legge veneta escluda esplicitamente dall’azione regionale la possibilità di assumere iniziative «per la repressione di reati o di altre condotte a vario titolo sanzionabili, nonché la definizione di iniziative a qualsivoglia titolo incidenti sulla riservatezza delle persone», la Corte costituzionale ha correttamente ravvisato un’invasione illegittima della competenza esclusiva statale in materia di “ordine pubblico e sicurezza” proprio nell’identificazione di tale «forma di cittadinanza attiva» come «contributo funzionale all’attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio»⁵.

Dunque quest’ultimo riferimento, ad avviso dei giudici costituzionali, non sarebbe tanto riconducibile alle «precondizioni per un più efficace esercizio delle

costituzionalmente legittime talune normative regionali contenenti «azioni coordinate tra istituzioni, soggetti non profit, associazioni, istituzioni scolastiche e formative per favorire la cooperazione attiva tra la categoria professionale degli interpreti e traduttori e le forze di polizia locale ed altri organismi, allo scopo di intensificare l’attività di prevenzione nei confronti dei soggetti ritenuti vicini al mondo dell’estremismo e della radicalizzazione attribuibili a qualsiasi organizzazione terroristica» (v. sentenza n. 208 del 2018), oppure orientate al contrasto del cyberbullismo attraverso programmi culturali e scolastici (v. sentenza n. 116 del 2019), nonché volte ad istituire osservatori sulla legalità, con compiti principalmente consultivi e di ricerca, e a promuovere la stipula di “protocolli di legalità” tra prefetture e amministrazioni aggiudicatrici al fine di potenziare gli strumenti di prevenzione e contrasto tanto di fenomeno corruttivi che di infiltrazioni mafiose (v. sentenza n. 177 del 2020). Specularmente vi sono decisioni in cui la Corte, al contrario, ha dichiarato costituzionalmente illegittime normative regionali potenzialmente idonee a determinare interferenze quanto all’attività di prevenzione e repressione dei reati riferibile alla “sicurezza primaria” di esclusiva competenza statale; v., *ex multis*, sentenza n. 325 del 2011 (avente ad oggetto una legge regionale istitutiva di un’agenzia con compiti perfettamente sovrapponibili a quelli dell’Agenzia statale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), sentenza n. 35 del 2012 (relativa a una normativa regionale in tema di tracciabilità dei flussi finanziari al fine di prevenire infiltrazioni criminali) o la già richiamata sentenza n. 177 del 2020 (con cui la Corte ha annullato una disposizione regionale che istitutiva una banca dati dei beni confiscati alla criminalità organizzata esistenti sul territorio regionale in quanto interferente con i compiti della Banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia).

⁵ Art. 2, comma 2, legge Regione Veneto 8 agosto 2019, n. 34.

classiche funzioni di ordine pubblico»⁶, e pertanto alla nozione di “sicurezza secondaria”, quanto piuttosto sconfinerebbe nell’ambito della “sicurezza primaria”, ossia della competenza esclusiva statale in materia di “ordine pubblico e sicurezza” *ex art.* 117, secondo comma, lettera h), Cost.; tale disposizione non può «che riferirsi alla specifica finalità di “prevenzione dei reati”, da attuarsi mediante il classico strumento del controllo del territorio», finalità che per l’appunto «costituisce il nucleo centrale della funzione di pubblica sicurezza»⁷.

Tale “sconfinamento” della Regione Veneto nella materia di esclusiva competenza statale emerge anche da altri due profili della legge impugnata, ed invero la Corte la dichiara costituzionalmente illegittima nel suo complesso.

Da un lato vi è la possibilità per la Giunta regionale, prevista dall’art. 2, comma 4, di promuovere la stipula di accordi o protocolli di intesa tra enti locali e Uffici territoriali di Governo sempre in ambito di «tutela dell’ordine e sicurezza pubblica»; trattasi di un’esplicita interferenza del legislatore regionale in una materia in cui questo non può intervenire, se non esclusivamente all’interno di quelle ipotesi previste dalla disciplina statale *ex art.* 118, terzo comma, Cost. (su cui v. ampiamente *infra*).

Dall’altro lato, invece, si prevede la creazione, da parte dell’art. 5, comma 2, della legge impugnata, di una banca dati regionali in grado di analizzare la «situazione concernente le potenziali tipologie di reati ed il loro impatto sul sistema territoriale» la quale, anche in questo caso inerendo all’attività di prevenzione dei

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 285 del 2019, punto 2.5 del *Considerato in diritto*.

⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.3 del *Considerato in diritto*. Già in Corte costituzionale, sentenza n. 35 del 2012, punto 2 del *Considerato in diritto* la Corte aveva richiamato la propria costante giurisprudenza al fine di riaffermare che “ordine pubblico e sicurezza”, ai fini del riparto di competenze tra Stato e Regioni, hanno ad oggetto le «misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell’ordine pubblico» (cfr. sentenza n. 407 del 2002, nonché, tra le altre, sentenze n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004). La Corte inoltre, sempre nella sentenza 35 del 2012, punto 2 del *Considerato in diritto*, sostiene che «[l]a promozione della legalità, in quanto tesa alla diffusione dei valori di civiltà e pacifica convivenza su cui si regge la Repubblica, non è attribuzione monopolistica, né può divenire oggetto di contesa tra i distinti livelli di legislazione e di governo: è tuttavia necessario che misure predisposte a tale scopo nell’esercizio di una competenza propria della Regione, per esempio nell’ambito dell’organizzazione degli uffici regionali, non costituiscano strumenti di politica criminale, né, in ogni caso, generino interferenze, anche potenziali, con la disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati» (sul punto cfr. sentenze n. 55 del 2001, n. 325 del 2011).

reati in senso stretto, determina un'invasione regionale dell'ambito della "sicurezza primaria" riservata allo Stato⁸.

3. La non riconducibilità del controllo di vicinato previsto dalla legge veneta al coordinamento tra Stato e Regioni in materia di "ordine pubblico e sicurezza"

Riguardo al secondo dei due profili citati più sopra, quello relativo alla possibilità che le disposizioni regionali impugnate siano ricondotte a forme di coordinamento tra Stato e Regioni *ex art.* 118, terzo comma, Cost., la Corte costituzionale si esprime negativamente.

Tale disposto costituzionale è stato attuato dal decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14 ("Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città"), convertito con modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, il quale ha definito il quadro generale entro cui lo Stato e le autonomie territoriali possono collaborare congiuntamente nell'ambito della "sicurezza integrata"⁹: esso è identificato come

⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 236 del 2020, punto 3.3 del *Considerato in diritto*. Analogamente v. Corte costituzionale, sentenza 177 del 2020, punto 9.3 del *Considerato in diritto* laddove la Corte ha sostenuto che «[l]a predisposizione della "banca dati dei beni confiscati alla criminalità organizzata esistenti sul territorio regionale" interferisce con la funzione della Banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia, operante presso l'ANBSC, istituita ai sensi dell'art. 96 del d.lgs. n. 159 del 2011. Così, sovrapponendosi alla struttura già disciplinata nel legittimo esercizio della competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, entro cui la normativa "antimafia" è senz'altro ricompresa, essa invade gli spazi di potestà esclusiva statale *ex art.* 117, secondo comma, lettera h), Cost.».

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 177 del 2020, punti 2 e 3 del *Considerato in diritto* laddove i giudici costituzionali affermano che «[l]e Regioni e le Province autonome sono, così, espressamente abilitate ad adottare iniziative e progetti "volti ad attuare interventi di promozione della sicurezza integrata nel territorio di riferimento", anche in base a specifici accordi con lo Stato (art. 3, comma 2, del d.l. n. 14 del 2017), purché tali azioni mirino fondamentalmente a migliorare il contesto sociale e territoriale di riferimento, movendosi nell'ambito delle competenze che l'art. 117, commi terzo e quarto, Cost. attribuiscono loro (sentenza n. 285 del 2019)». Secondo la Corte tale disegno sarebbe in linea con la propria giurisprudenza in base a cui l'endiadi "ordine pubblico e sicurezza" indicherebbe «una materia in senso proprio, oggettivamente delimitata e che non esclude interventi regionali in settori a essa liminari» (v. sentenze n. 290 del 2001, n. 208 del 2018, n. 116 e n. 295 del 2019), anche perché – prosegue la Consulta – ragionando diversamente si produrrebbe un'estensione oltremodo ampia della nozione di sicurezza e ordine pubblico, «tale da porre in crisi la stessa ripartizione costituzionale delle competenze legislative, con l'affermazione di una preminente

«l’insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all’attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali» (art. 1, comma 2)¹⁰.

competenza statale potenzialmente riferibile a ogni tipo di attività» (sentenza n. 300 del 2011, testualmente richiamata dalle sentenze n. 285 del 2019 e n. 277 del 2020); pertanto «[l]e Regioni e le Province autonome possono, dunque, promuovere la realizzazione di migliori condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell’ambito, ad esempio, delle politiche sociali, del governo del territorio, della polizia locale» (ancora sentenza n. 285 del 2019 come richiamata nella sentenza n. 277 del 2020).

¹⁰ Sul punto osserva G. FAMIGLIETTI, *Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del “magnetismo securitario” (a partire da Corte costituzionale n. 285 del 2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, 167-189, spec. 177, come la “sicurezza integrata” sia stata disciplinata dal più volte richiamato decreto-legge n. 14 del 2017, il quale in apertura, all’art. 1, comma 2, ne offre una definizione «più che volta a delimitare l’ambito contenutistico degli interventi, ad individuare i soggetti protagonisti della “sicurezza integrata” e gli strumenti volti al perseguimento degli obiettivi». Si sarebbe trattato, pertanto, di un intervento normativo «che si è mosso lungo i due corni della “sicurezza integrata” e della “sicurezza urbana”»: quanto alla prima l’intento è stato quello di realizzare un sistema integrato di *governance* attraverso la possibilità di sottoscrivere accordi tra Stato e Regioni, nonché di patti tra lo Stato e gli Enti locali; relativamente alla seconda, invece, si ha un potenziamento dell’apparato di sanzioni amministrative al fine di prevenire quei fenomeni potenzialmente idonei ad incidere sulla sicurezza e sul decoro urbano, ad esempio prevedendo il c.d. “DASPO urbano” ossia una misura in grado di inibire l’accesso e la frequentazione di aree e spazi urbani a soggetti condannati per alcuni reati di particolare allarme sociale.

In modo particolare la “sicurezza urbana” viene definita dalla legge statale come «il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l’eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile [...]» (art. 4, decreto-legge n. 14 del 2017). Sul punto v., tra altri, S. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Santarcangelo di Romagna, 2010; V. ITALIA, *La sicurezza urbana*, Milano, 2010; G. PIGHI, *La sicurezza urbana indivisibile*, Milano, 2014; G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi.it*, 1/2018, 1-29; G.G. NOBILI, *Le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana nel coordinamento tra Stato e Regioni*, in G.G. NOBILI, T.F. GIUPPONI, E. RICIFARI, N. GALLO (a cura di), *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, Milano, 2018, 61-84; T.F. GIUPPONI, “Sicurezza urbana” e ordinanze sindacali: un primo

Il decreto-legge n. 14 del 2017 ha inoltre previsto che le procedure e gli strumenti pattizi di collaborazione tra Stato ed autonomie territoriali, al fine di realizzare forme di “sicurezza integrata” e di “sicurezza urbana”, vengano definiti rispettivamente in “linee generali” e in “linee guida” adottate, su proposta del Ministero dell’Interno, dalla Conferenza unificata (le prime) e dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali (le seconde)¹¹.

La disciplina statale del 2017 ha così trovato seguito: nell’adozione di linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata (approvate, ai sensi dell’art. 2 del decreto-legge n. 14 del 2017, in sede di Conferenza unificata il 24 gennaio 2018) sulla cui base possono essere stipulati specifici accordi, tra singole Regioni (o Province autonome) e lo Stato, al fine di disciplinare gli opportuni interventi di promozione della sicurezza integrata nel territorio di riferimento; nell’approvazione, in coerenza con le suddette linee generali, di linee guida per l’attuazione della sicurezza urbana (approvate, ai sensi dell’art. 5, comma 1, del decreto-legge n. 14 del 2017, in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali il 26 luglio 2018) sulla base delle quali è possibile sottoscrivere “patti per la sicurezza urbana” tra il prefetto e il sindaco¹².

(e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi, in *Le Regioni*, 6/2009, 1421-1434; ID., *Sicurezza urbana” e ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2010, 49-82; ID., *Sicurezza urbana 2.0: luci e ombre del decreto Minniti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, 360-363.

¹¹ Cfr. G. TROPEA, *Dalla Corte costituzionale un netto “stop” al neighbourhood watch in salsa veneta*, in *lacostituzione.info*, 16 novembre 2020.

Non è mancato in dottrina chi, come T.F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2017, 5-29, spec. 27-28, ha evidenziato che le misure previste dal decreto-legge n. 14 del 2017 presentano non solo aspetti positivi, come quello di voler dare un assetto legislativo stabile alla forme di coordinamento in tema di sicurezza tra Stato, Regioni ed Enti locali in attuazione all’art. 118, comma 3, Cost., ma anche alcune “ombre” come il fatto che «la sostanziale duplicazione dei canali di coordinamento (Stato-Regioni, da un lato; Stato-Enti locali, dall’altro) rischia di comportare problemi di sovrapposizione e potenziali conflitti tra Regioni ed Enti locali».

¹² Secondo V. ANTONELLI, *La sicurezza in città ovvero l’iperbole della sicurezza urbana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2017, 31 ss., spec. 45-46, tale decreto-legge delinea la “sicurezza delle città” al di là della disciplina costituzionale limitata al coordinamento tra Stato e Regioni, di fatto riconducendovi sia la “sicurezza urbana” sia la “sicurezza integrata”; in questo senso esso demanda l’individuazione dei relativi strumenti «ad un processo di pianificazione “a cascata”».

Ricorda inoltre G. FAMIGLIETTI, *Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del “magnetismo securitario” (a partire da Corte costituzionale n. 285 del 2019)*, cit., spec.

Tuttavia la Corte ha osservato come la legge regionale impugnata si discosti profondamente tanto dalle coordinate previste dalla disciplina statale attuativa dell'art. 118, terzo comma, Cost., quanto dalle linee generali e guida adottate tra Stato ed enti territoriali, dal momento che il decreto-legge n. 14 del 2017, in particolare, non accorda alle Regioni la facoltà di legiferare quanto al coinvolgimento di «gruppi di soggetti residenti nello stesso quartiere o in zone contigue o ivi esercenti attività economiche» impegnati in attività di «osservazione, ascolto e monitoraggio» funzionali alla «prevenzione generale» e al «controllo del territorio» (art. 2, commi 2 e 3, della legge regionale impugnata).

Si tratta, infatti, di attività necessariamente connesse alle funzioni di prevenzione dei reati affidate alla forza pubblica e, di conseguenza, piuttosto lontane da quelle disciplinate dal decreto-legge n. 14 del 2017 diversamente riconducibili ad una dimensione “secondaria” della sicurezza¹³.

Dalle considerazioni svolte la Corte fa discendere la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge regionale per avere disciplinato, al di fuori della cornice normativa poc'anzi illustrata, forme di collaborazione tra Stato, Regione ed enti locali nella materia di competenza esclusiva statale “ordine pubblico e sicurezza”, all'interno della quale l'intervento legislativo regionale è ammissibile soltanto nelle forme e nei limiti stabiliti dal legislatore statale come previsto dall'art. 118, terzo comma, Cost.¹⁴.

4. Riflessioni conclusive sul controllo di vicinato, anche in vista di un'eventuale disciplina di esso da parte del legislatore statale

Dopo aver dichiarato l'incostituzionalità della legge veneta per aver prodotto un'invasione regionale delle competenze riservate in via esclusiva al legislatore

177, richiamando G.G. NOBILI, *Le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana nel coordinamento tra Stato e Regioni*, cit., 62, come questo modello di sicurezza integrata di stampo verticistico sia stato in sede parlamentare bilanciato «“con un modesto approccio di tipo orizzontale”, prevedendo il coinvolgimento di reti territoriali di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini nella prevenzione della criminalità (art. 5, c. 2, lett. a)), così come quello di enti ed associazioni operanti nel privato sociale ai fini della promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale (art. 5, c. 2, lett. c-bis))».

¹³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3.4 del *Considerato in diritto*, nonché cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 134 del 2004, n. 429 del 2004, n. 322 del 2006, n. 10 del 2008, n. 167 del 2010.

statale, la Corte costituzionale precisa che resta possibile una disciplina (esclusivamente) statale del controllo di vicinato: quest'ultimo, infatti, anche attraverso l'eventuale contributo delle Regioni, potrebbe essere uno «strumento [...] di partecipazione attiva e responsabilizzazione dei cittadini», non soltanto «funzionale a una piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost. (sentenza n. 131 del 2020)», ma anche con riferimento «all'obiettivo di una più efficace prevenzione dei reati, attuata attraverso l'organizzazione di attività di ausilio e supporto alle attività istituzionali delle forze di polizia»¹⁵.

Ciò ovviamente, a parere di chi scrive, non dovrebbe in alcun modo configurarsi come un affidamento a privati cittadini di funzioni necessariamente pubbliche come la prevenzione dei reati o il mantenimento dell'ordine pubblico, bensì potrebbe realizzarsi «attraverso l'esercizio dell'azione amministrativa orientata alla diffusione della cultura della sicurezza sul territorio di appartenenza, nonché alla realizzazione di attività di prevenzione e tutela urbana, in ossequio a quelle forme di coordinamento di cui solo lo Stato è promotore e responsabile»¹⁶.

Sicché il controllo di vicinato andrebbe inevitabilmente ricondotto, come espressamente ribadisce la Corte, all'ampia nozione di "sicurezza urbana" introdotta dal decreto-legge n. 14 del 2017, che prevede «la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile» (art. 4).

Più in generale sarebbe proprio da quest'ultima fonte che il legislatore statale dovrebbe muovere al fine di identificare i limiti sostanziali e procedurali entro i quali lo Stato, le Regioni e gli enti locali siano in grado di collaborare congiuntamente al fine di strutturare interventi di sicurezza integrata e di sicurezza pubblica, in quest'ultima circostanza anche attraverso la promozione della partecipazione attiva dei cittadini.

E proprio a tale riferimento rileva la chiosa finale della Corte che, nel ricondurre il controllo di vicinato alla nozione di sicurezza urbana *ex* decreto-legge n. 14 del 2017, rileva come tale strumento sia già oggetto, a livello nazionale, di forme di coordinamento tra livelli istituzionali, in particolare di protocolli di intesa stipulati tra gli Uffici territoriali di Governo e i Comuni¹⁷; così facendo il giudice

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Cfr. V. PADOVANI, *Sicurezza pubblica tra centro e periferia: commento a Corte Costituzionale, sentenza n. 236/2020*, in *iusinitinere.it*, 16 dicembre 2020.

¹⁷ Negli ultimi anni un numero via via crescente di Comuni, guidati prevalentemente da amministrazioni civiche o di centro-destra, ha sottoscritto con le Prefetture e le Forze

costituzionale ha messo in evidenza anche la possibilità per lo Stato e le Regioni di proseguire lungo la strada della collaborazione e degli accordi, sulla base delle linee stabilite dalla Conferenza unificata del 24 gennaio 2018, al fine di disciplinare gli interventi integrati di sicurezza territoriale¹⁸.

Infine occorre riprendere il riferimento della Corte alla possibilità, complementare a quella testé delineata, di una legge statale che disciplini il controllo di vicinato come forma di sicurezza urbana e di cittadinanza attiva.

A dire il vero esiste alla Camera, da ormai più di due anni, in attesa di essere esaminato, il progetto di legge di iniziativa parlamentare A.C. 1250¹⁹, menzionato sia dalla difesa regionale²⁰ che da quella statale²¹, rispetto al quale meritano due osservazioni conclusive.

Da un lato, la suddetta proposta di legge risulta, come condivisibilmente evidenziato dall’Avvocatura dello Stato, quasi del tutto sovrapponibile alla legge regionale impugnata²², con la conseguenza che quest’ultima, qualora non dichiarata incostituzionale dalla Corte, avrebbe finito per introdurre

dell’ordine protocolli di intesa relativi al controllo di vicinato, il quale viene disciplinato con stretto riferimento ad attività di osservazione e monitoraggio di fatti e circostanze che hanno luogo nel relativo territorio, senza che ciò sconfini in incaute iniziative personali o comportamenti imprudenti, ovvero che si sostanzii in forme di pattugliamento attivo (individuale o collettivo) del territorio; il più delle volte tale attività di controllo di vicinato si riduce quindi alla mera affissione di cartelli volti ad indicare la propria presenza sul territorio, nonché nella predisposizione di chat e gruppi di messaggistica in cui i cittadini membri del “Gruppo di controllo di vicinato” segnalano situazioni potenzialmente emergenziali, per il tramite del proprio coordinatore, alle Forze dell’ordine.

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Proposta di legge a firma Bazzaro ed altri, concernente “Norme per il riconoscimento e la promozione del fenomeno sociale del controllo di vicinato”, presentata il 9 ottobre 2018, assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 13 marzo 2019, ma il cui esame non è ad oggi iniziato.

²⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 2.2 del *Ritenuto in fatto*.

²¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3 del *Ritenuto in fatto*.

²² Si veda ad esempio l’art. 2, comma 2, della proposta di legge in parola che definisce l’attività di controllo di vicinato come «ogni attività di cittadinanza attiva che favorisce lo sviluppo di una cultura di partecipazione al tema della sicurezza urbana e della sicurezza integrata per il miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità e che svolge una funzione sociale di osservazione, ascolto e monitoraggio, quale contributo funzionale all’attività istituzionale di prevenzione generale e di controllo del territorio». Tale definizione risulta perfettamente sovrapponibile a quella prevista dall’art. 2, comma 2, della legge regionale impugnata.

«differenziazioni su base regionale» potenzialmente idonee a «pregiudicare la stessa efficacia dell'intervento legislativo dello Stato», ed inoltre per recare «una disciplina organica del controllo di vicinato, anticipando – di fatto – l'approvazione dell'iniziativa parlamentare e interferendo – in questo modo – con l'esercizio delle attribuzioni statali in materia»²³.

Dall'altro lato, si tratta di una legge che andrebbe a disciplinare appositamente il controllo di vicinato rifacendosi alla sussidiarietà orizzontale e alla partecipazione dei cittadini ad attività di interesse generale anche in forme associative (in particolare *ex artt.* 18 e 118, comma 4, Cost.), alle forme previste dal decreto-legge n. 14 del 2017 (come i protocolli di intesa con le istituzioni competenti in materia di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici, nonché i patti per la sicurezza urbana), nonché alla promozione della collaborazione tra amministrazione statale, istituzioni locali e società civile anche attraverso le associazioni di cui all'art. 3, commi da 40 a 44, della legge 15 luglio 2009, n. 94, cioè le associazioni tra cittadini non armati costituite al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana²⁴.

Tuttavia un simile intervento del legislatore statale potrebbe, in una certa misura e ammesso che il progetto di legge riesca a giungere al termine del proprio *iter*, risultare potenzialmente superfluo, se non per il fatto di offrire al controllo di vicinato una copertura legislativa nazionale ed evitare ulteriori possibili impugnazioni alla Corte costituzionale: infatti ciò che si intende disciplinare è tutto sommato già possibile (e concretamente ha luogo) attraverso le forme previste dal decreto-legge n. 14 del 2017 e dalle richiamate linee di indirizzo e linee guida, da

²³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2020, punto 3 del *Ritenuto in fatto*, laddove si riporta l'opinione dell'Avvocatura dello Stato.

²⁴ Tali associazioni, anche chiamate "ronde", prima di essere previste da parte della legge n. 94 del 2009 erano state introdotte dall'art. 6, commi da 3 a 6, del decreto-legge 23 febbraio 2009, commi poi soppressi dalla legge di conversione 23 aprile 2009, n. 38. Al riguardo la dottrina ha espresso numerose critiche: v. per tutti G. BRUNELLI, *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la "sicurezza partecipata" mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2009, 5-19, spec. 10-11, secondo la quale «è evidente come ci si trovi di fronte all'affidamento a privati di competenze in materia di tutela della sicurezza, sotto il controllo dell'esecutivo (ministro dell'interno, prefettura) e dei sindaci (ancora in veste di ufficiale di governo). È l'esito finale di una concezione distorta, che individua nella sicurezza una sorta di bene privato, per la cui difesa diventa possibile mettere addirittura in discussione quel carattere dello Stato che lo differenzia da ogni altro ente: il monopolio della forza».

cui possono derivare forme di collaborazione tra Stato, Regioni, enti locali e cittadini²⁵.

²⁵ Si può, in questo senso, aderire alle considerazioni di M. CECCHETTI, S. PAJNO, *Quando una “ronda” non fa primavera. Usi e abusi della funzione legislativa*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2009, espresse con riferimento alle “ronde”, ma in qualche modo riferibile anche al controllo di vicinato: «pare difficile contestare che lo svolgimento di tali attività non fosse già nella piena e libera disponibilità tanto dei Sindaci quanto dei soggetti privati in questione, singoli o associati» (spec. 2). Invero il sindaco può già «comunemente avvalersi della collaborazione volontaria di soggetti privati, anche per lo svolgimento di proprie funzioni istituzionali», e «qualunque soggetto privato, singolo o associato che sia, ha il diritto di rilevare eventi o situazioni del genere in questa sede in discussione, e di riferirne alle pubbliche autorità. Non essendo previsti poteri di intervento di alcun tipo in relazione agli eventi ed alle situazioni osservati, si può agevolmente escludere che la disciplina in questione consenta qualcosa che non era già pienamente nella disponibilità dei soggetti privati» (spec. 4).

La libertà di informazione ai tempi del *GDPR**

ALESSANDRO LAURO**

Abstract (IT): Il contributo analizza alcune questioni attuali legate all’esercizio della libertà di informazione alla luce della normativa europea sui dati personali. Particolare attenzione è riservata al ruolo centrale delle Autorità garanti, ruolo che viene discusso, per i profili di interesse, alla luce di alcuni capisaldi dell’ordinamento costituzionale.

Abstract (EN): The paper analyzes some current issues related to the exercise of freedom of information in the light of the General Data Protection Regulation. Particular attention is given to the central role of the Authorities, which is discussed with reference to some cornerstones of the constitutional order.

Sommario

1. Introduzione: alcuni spunti di partenza. – 2. La libertà di informazione nel quadro della regolazione europea sulla tutela dei dati personali (con uno sguardo al futuro *Digital Services Act*). – 3. Autorità Garanti e autorità giurisdizionali. – 4. Segue: la normativa d’attuazione italiana e qualche dubbio di costituzionalità. – 5. Conclusioni: la difficoltà di ricostruire un quadro regolatorio sufficiente; la necessità di non demordere.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

A. LAURO, *La libertà di informazione ai tempi del GDPR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il contributo riprende l’intervento svolto nell’Atelier n. 5 “Il Cittadino e le innovazioni: i diritti nella società digitale” del V Congresso internazionale del Seminario Italospagnolo “Europa società aperta” (14 e 15 dicembre 2020) ed è destinato agli atti di tale convegno.

** Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell’Università “Ca’ Foscari” di Venezia. Indirizzo mail: alessandro.lauro@unive.it.

1. Introduzione: alcuni spunti di partenza

La rivoluzione tecnologica rappresentata dalla capillare diffusione delle infrastrutture digitali e della rete internet ha consegnato a chiunque vi abbia accesso un'incredibile opportunità di divulgare il proprio pensiero senza limiti spaziali, fisici e temporali. In maniera immediata, un commento affidato alla rete può fare il giro del mondo, secondo modalità inimmaginabili sino a pochi decenni fa.

La nascita e la diffusione dei *social network* hanno ulteriormente amplificato queste possibilità comunicative.

Se nel 1789 l'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* celebrava la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni come uno dei diritti più preziosi dell'uomo, oggi questo valore inestimabile parrebbe essere accresciuto e definitivamente consacrato dalle nuove tecnologie.

Al tempo stesso, però, queste nuove forme di comunicazione hanno imposto di elevare almeno ad uno stesso livello di preziosità diritti "fisiologicamente incisi" dalle comunicazioni di massa (PACE, 1992).

Il presente scritto si propone di svolgere qualche riflessione attorno ad una particolare forma di libertà di comunicazione – ovvero la *libertà di informazione* – indagata nella sua relazione potenzialmente (e spesso concretamente) conflittuale con la normativa europea sulla protezione dei dati personali, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L'interazione fra la «pretesa a narrare» (CHIOLA, 1973: 23) e la normativa sui dati personali rivela una molteplicità di profili di assoluto rilievo per l'analisi giornalistica. In particolare, si pone il problema di comprendere se e quanto la tutela della privacy possa funzionare come strumento correttivo o regolatore non solo del mercato digitale in senso proprio¹, ma anche del «mercato delle informazioni».

Si potrebbe ritenere che oggi l'accessibilità e la pervasività dei mezzi nel contesto di "convergenza tecnologica" (PASCUZZI, 2010)² – in cui addirittura sfuma la divisione fra comunicazione pubblica e discorso privato³ – non sia più

¹ Sulla funzione regolatrice della normativa sulla privacy nell'economia digitale dei *Big Data* si v., per tutti, SPINA (2016).

² PASCUZZI, (2010: 17).

³ Per la distinzione fra comunicazione pubblica protetta dalla libertà di manifestazione del pensiero e comunicazione privata, tutelata dalla libertà di corrispondenza e domicilio, v. CARETTI (2007: 219). Sul tema, con specifico riferimento al mondo di Internet, v. altresì BETZU (2012: 95 ss.). Per un approfondimento sul "discorso pubblico" nell'ambito del quale si sviluppa la libertà di espressione v. CARUSO (2013).

sostanzialmente possibile distinguere ciò che è *informazione* da quello che è *opinione*: ne è una prova il tema (che talvolta assume connotati drammatici, come durante la pandemia da Covid-19) delle *fake news*⁴. Oltre ad aprire vasti orizzonti di dibattito su cosa sia la verità e cosa il suo opposto e su quali debbano essere i parametri per misurarla in una società democratica⁵, la possibilità per chiunque di diffondere notizie tramite un *post*, un *tweet* o una “diretta” assottiglia grandemente il confine fra l’*oggettivo* e il *sogettivo*, soprattutto perché, data la quantità spropositata di fonti, viene meno il “controllo pubblico” (da intendersi: *del pubblico*) sulla notizia, che in altri tempi si estrinsecava nelle smentite, nella rettifica, nella controprova immediata offerta da altri mezzi di comunicazione (comunque numericamente limitati) sui *fatti*. Conseguentemente, in una società democratica che abbia a cuore la tutela della libertà di parola, bisognerebbe sostanzialmente accettare la dilatazione dell’ambito delle opinioni a discapito di quello delle notizie⁶.

E sta proprio qui il punto che occorre ribadire: i *fatti storici* possono essere oggetto di *interpretazioni*, ma non si trasformano in *idee*⁷.

⁴ Sul problema delle *fake-news* rispetto alla libertà di informazione si v. almeno PITRUZZELLA (2018) e DONATI (2018). In generale sulle problematiche legate all’evoluzione della libertà di espressione in Internet e sui suoi problemi contemporanei BASSINI (2019); PITRUZZELLA, POLLICINO (2020).

⁵ Riprendendo una celebre sentenza del giudice americano Holmes, l’ideologia liberale riterrebbe che “*the only way for democratic society to determine the best idea among many is to let ideas fight it out in the field*” (WALDMAN, 2018: 847).

⁶ Sul tema si v. le opinioni del CRISAFULLI (1964: 288): “Si contesta, in particolare, la stessa configurabilità della notizia oggettiva, quindi quel carattere di neutralità che dovrebbe contrassegnare l’informazione, così intesa; anche la scelta delle notizie, pur se divulgate nel modo più scrupolosamente completo ed imparziale, non può non implicare, si osserva, una valutazione, necessariamente soggettiva ed in questo senso, dunque parziale” L’A. sottolinea quindi che “la libertà di informazione, come avente ad oggetto notizie, quindi come manifestazione differenziata della più generale libertà di espressione (o di informazione in senso largo), [merita] un posto a sé ed un rilievo particolare”. Nello stesso senso BARILE (1974: par. 13): “lo sceverare il fatto dal giudizio (ad esempio, dal modo come esso viene presentato) è, per comune e pacifica esperienza (che si rispecchia nella giurisprudenza di merito), praticamente impossibile, almeno nella maggioranza dei casi”. Con una sfumatura diversa SANDULLI (1978), ora in SANDULLI (1990: 718): “L’illustrazione e la spiegazione delle notizie, nonché il commento di esse, [integrano] l’informazione” (enfasi dell’A.).

⁷ “*To suggest that the proliferation of fake news represents a break-down in a market where consumers trade ideas is to presume that fake news concerns ideas about about which the public can debate. It doesn’t. Fake news does not concern ideas. It concerns facts. And the law treats ideas about facts and facts themselves differently*” (WALDMAN, 2018: 848).

Per quanto possa divenire, nel concreto, più complesso inseguire e perseguire nella tela di Internet le falsità che provochino danni alla società o ai singoli, gli ordinamenti non possono rinunciare a proteggere – partendo dal piano astratto – la diffusione nella collettività di informazioni veridiche. Che poi l'intervento “repressivo” avvenga *ex post* non può scoraggiare: si tratta di un carattere ineliminabile nelle moderne democrazie che si ricollega inesorabilmente al divieto di censura (su cui FOIS, 1960).

Dunque, se questi sono i presupposti di partenza, l'interrogativo che sorge è se la normativa sulla tutela dei dati personali – agendo come “controvalore” da bilanciare ed opporre all'allargamento indiscriminato dell'informazione – possa efficacemente trasformarsi in uno strumento di regolazione in grado di temperare i rischi sopra accennati.

2. La libertà di informazione nel quadro della regolazione europea sulla tutela dei dati personali (con uno sguardo al futuro *Digital Services Act*)

La normativa racchiusa nel GDPR (ovvero il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali n. 2016/679 conosciuto sotto l'acronimo della titolazione inglese: *General Data Protection Regulation*) prevede delle importanti eccezioni a tutela della libertà di informazione, venute a confermare quanto già previsto dalla Direttiva 95/46/CE⁸.

Il Considerando n. 153 del GDPR richiama gli Stati ad una conciliazione fra la tutela dei dati personali e l'esercizio – qui distinto – delle libertà di informazione e della libertà di espressione. L'art. 17 esclude l'applicabilità del diritto alla cancellazione per i trattamenti necessari all'esercizio della libertà di espressione ed informazione. Infine, l'art. 85 dello stesso Regolamento positivizza quindi l'*obbligo* per gli Stati di prevedere deroghe per favorire il trattamento dei dati a scopi giornalistici.

Rispetto alla normativa in vigore dal 1995, però, si rileva una modifica di non poco conto: l'art. 9 della direttiva, infatti, si riferiva ad esenzioni e deroghe per trattamenti realizzati «*esclusivamente* per scopi giornalistici o di espressione artistica e letteraria». La venuta meno dell'avverbio enfaticizzato non è affatto priva di conseguenze, soprattutto tenuto conto del consistente incremento delle tecnologie digitali dal 1995 ad oggi: il GDPR – pur rinviando agli Stati – consente che godano di una garanzia implicita dell'attività giornalistica (e dunque della protezione massima riconoscibile alla libertà di informazione) tutti quei trattamenti di dati aventi una finalità ibrida, che qualunque utente di internet può

⁸ Sul tema dell'“eccezione giornalistica” nella materia dei dati personali: v. ERDOS (2015: 119 ss); PAUNER CHULVI (2015: 377 ss.).

potenzialmente mettere in atto. Tale conclusione è corroborata anche dalla frase finale del Considerando n. 153, che invita gli Stati ad «interpretare in modo esteso i concetti relativi a detta libertà, quali la nozione di giornalismo». Come si vedrà, in Italia – ma anche in altri Paesi – non è venuta tuttavia meno la natura esclusiva della finalità giornalistica per godere del regime derogatorio, scelta che va valutata con particolare favore, data la sempre maggiore complessità di sceverare “finalità” ibride, soprattutto ove si interpreti in maniera particolarmente lata la nozione di giornalismo.

Sulla problematica relazione fra libertà di informazione e tutela dei dati personali, è intervenuta, di recente, la Corte di Giustizia in due significative pronunce.

La decisione *Sergejs Buivids* del 14 febbraio 2019 (C-345/17)⁹ risponde a una questione pregiudiziale posta dalla Corte Suprema della Lettonia e si segnala (a) perché mostra la scissione fra libertà di informazione e libertà di opinione, che le piattaforme web possono rendere – paradossalmente – oggi più definita; (b) perché mette in bilanciamento il diritto di informare con il diritto alla protezione dei dati personali; (c) perché tratta, anche se in maniera discutibile, della problematica individuazione dei titolari della libertà di informazione.

Il caso era il seguente: un cittadino lettone, Sergejs Buivids, veniva fermato dalla polizia e condotto in una caserma per degli accertamenti e per rendere una deposizione. Qui veniva trattenuto per alcune ore e, durante questo tempo, Buivids filmava l'interno della caserma e alcuni scambi con gli agenti; una volta rilasciato, il video veniva caricato sulla piattaforma YouTube, sollevando così la protesta dei poliziotti ritratti nei fotogrammi e una loro conseguente azione davanti all'Agenzia lettone per la tutela dei dati personali.

La decisione, a seguito di vari ricorsi amministrativi, giungeva infine alla Corte Suprema che investiva la Corte di Lussemburgo di due questioni pregiudiziali concernenti gli articoli 3 e 9 della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995 (oggi, come noto, sostituita dal Regolamento UE 2016/679, conosciuto come *General Data Protection Regulation* – GDPR).

La prima risposta che arriva dalla CGUE attiene alla nozione di dato personale e di trattamento.

La Corte riconosce, in effetti, che la pubblicazione del video sulla piattaforma online, dove è possibile vedere distintamente le figure degli agenti di polizia, costituisce un trattamento dei dati, posto che l'immagine della persona è in sé un dato personale.

⁹ Per un commento a prima lettura ERDOS (2019).

In secondo luogo, la Corte afferma che la finalità giornalistica del trattamento dei dati – che avrebbe reso lecito il trattamento stesso, in deroga alle restanti previsioni – non poteva essere esclusa dalla circostanza che Buivids non fosse un giornalista professionista. Assegnava dunque al giudice del rinvio il compito di verificare se l'unica finalità del trattamento, nel caso concreto, fosse la divulgazione al pubblico di informazioni, opinioni o idee.

È interessante notare che, facendo applicazione dell'art. 11 della Carta di Nizza, la Corte non individua partitamente la libertà di informazione – la quale, in realtà, avrebbe nella Carta una posizione distinta dalla libertà di opinione, nel più ampio quadro della libertà di espressione.

Tuttavia, il caso di specie dimostra come l'evoluzione tecnologica possa talvolta rendere quanto meno più riconoscibile il *diritto di cronaca* dal – va ribadito: collegato, ancorché diverso – *diritto di critica*.

La pubblicazione di un video su un qualunque *social*, a documentazione di fatti che hanno visto l'autore come protagonista o come testimone diretto, sicuramente costituisce esercizio del primo diritto, ma non necessariamente del secondo.

Certo, non può escludersi che la critica sia implicita nella pubblicazione stessa – così pareva nel caso di Buivids – o che tale pubblicazione miri proprio a generare una critica da parte di coloro che ne prendono visione. Però, nel momento in cui viene condivisa con il pubblico solo una serie di “freddi” fotogrammi, in assenza di qualsivoglia commento, è chiaro che la libertà di informazione viene esercitata in maniera autonoma e, altrettanto autonomamente, va valutata rispetto ai suoi limiti o eccessi.

Quanto al bilanciamento della *libertà di informare* e del *diritto all'informazione* con il diritto alla protezione dei dati personali, occorre evocare la seconda e più nota pronuncia, cioè *GC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés* resa il 24 settembre 2019 dalla Grande Sezione della CGUE (C-136/17).

Avanzando nella traiettoria del caso *Google Spain*, la pronuncia ha attribuito ai c.d. “giganti del web” il compito di vagliare le richieste di deindicizzazione di contenuti anche alla luce dell'art. 11 della Carta di Nizza, cioè della libertà di ricevere informazioni da parte degli utenti europei, ed è questa l'aggiunta rispetto alla pronuncia *Google Spain*: ai motori di ricerca è affidata una potestà a carattere pubblicistico – precisamente fondata su una norma *latu sensu* costituzionale – che richiede di bilanciare l'interesse pubblico all'informazione con il diritto del privato all'oblio¹⁰.

Questo principio giurisprudenziale appare ovviamente problematico, dato l'enorme potere conferito a soggetti privati in assenza di effettive coordinate

¹⁰ Sul bilanciamento della protezione dei dati personali con la libertà di comunicazione in internet v. BASSINI (2019: 319 ss.).

legislative¹¹, e sembra che attualmente vi sia in atto un tentativo di temperarlo, nel più ampio quadro normativo del c.d. *Digital Services Act Package* – presentato dalla Commissione Europea il 15 dicembre 2020, dopo una consultazione pubblica – e destinato proprio a regolare le attività delle piattaforme online e, in particolare, di quelle qualificate come *very large* in base alla media degli utenti che vi accedono (art. 25 della proposta di Regolamento).

L'impianto generale è volto a conferire degli standard di comportamento agli *online providers* che, da un lato, impongano di lottare contro i contenuti illeciti (art. 8), anche alla luce delle segnalazioni degli utenti, attraverso il c.d. *flagging* (art. 14); dall'altro lato, si tenta di circoscrivere l'arbitrarietà dell'intervento "censorio" da parte delle piattaforme¹², attraverso obblighi di trasparenza (art. 13) e motivazionali (art. 15) rispetto alle decisioni prese¹³, nonché con l'adozione di regole e codici di condotta standardizzati che offrano direttive di comportamento (artt. 34 e 35). Il tutto sotto la sorveglianza di un autorità statale competente, all'interno della quale diventerà necessario individuare un Coordinatore per i Servizi Digitali che si occupi specificamente di vegliare sull'applicazione del Regolamento (art. 38).

In questa cornice, le libertà di espressione ed informazione debbono essere tenute particolarmente in considerazione ove una piattaforma scelga di rimuovere dei contenuti (dovendo fornire una specifica argomentazione sul punto, che mostri di aver ponderato la limitazione dei diritti fondamentali: Considerando n. 41 e 42). Le possibili lesioni delle libertà di in parola devono peraltro essere oggetto di particolare attenzione, nell'ambito della valutazione dei rischi sistemici da parte delle piattaforme (Considerando n. 57; art. 26).

3. Autorità Garanti e autorità giurisdizionali

Come è noto, il legislatore europeo ha affidato gran parte dell'attività di vigilanza, e conseguentemente repressiva, in materia di tutela dei dati personali alle cure delle Autorità indipendenti¹⁴. La scelta di politica legislativa è stata quella di prediligere

¹¹ RICCIO (2014: 213).

¹² Sulle forme di censura privata da parte delle più note piattaforme online v. BETZU (2020: 117 ss.), CARUSO (2020).

¹³ E non può sfuggire che questi obblighi richiamino in gran parte le regole concernenti l'esercizio di un potere discrezionale da parte di Autorità pubbliche (si pensi già al solo dovere di motivare, normalmente previsto per l'amministrazione all'art. 3 della legge n. 241/1990). Come afferma POLLICINO (2021), "[se] il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale".

¹⁴ Cfr. CALIFANO (2020: 9 ss.): in particolare, si assiste ad una riduzione del potere autorizzatorio del Garante della privacy, mentre si irrobustiscono le facoltà sanzionatorie e

in prima battuta l'intervento regolatorio e poi quello sanzionatorio amministrativo, tentando di frenare il contenzioso propriamente giudiziario. Questa tendenza si conferma, come poc'anzi accennato, anche nella recente proposta del *Digital Services Act*.

La scelta, però, non risolve i delicati rapporti fra potere giurisdizionale e potere amministrativo "neutrale" (MANETTI, 1994), che, anzi, presentano talvolta margini di ambiguità, se non di vera e propria collisione, dal momento che l'autorità giudiziaria potrebbe essere privata del suo fondamentale attributo di guardiana delle libertà e dei diritti (almeno in un primo momento) di fronte all'intervento dei Garanti.

Ne sono prova due esempi paradigmatici.

Il primo è rappresentato da una questione pregiudiziale – tuttora pendente – sollevata dalla Corte di Appello di Londra, proprio in materia di esenzioni dalla normativa privacy a beneficio delle imprese giornalistiche (*Stunt vs. Associated Newspapers Limited*¹⁵).

Il tema posto concerne, in particolare, i poteri inibitori del giudice nell'attesa di una pronuncia da parte del Garante britannico che verifichi la compatibilità delle pubblicazioni con le regole relative alla privacy. Il *Data Protection Act* del 1998 (applicabile *ratione temporis*) prevedeva infatti che il giudice britannico fosse tenuto a sospendere il giudizio in attesa della decisione del Garante (*Data Protection Commissioner*) rispetto alla natura dei dati trattati e alle finalità del trattamento, con riguardo ovviamente allo scopo di natura giornalistica o di libera espressione. In sostanza, la decisione dell'Autorità amministrativa si trovava in un rapporto di pregiudizialità rispetto all'accertamento giudiziario.

La Corte inglese ha chiesto dunque alla CGUE se tale previsione sia compatibile con il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, in base all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In virtù dell'art. 86 dell'Accordo sul recesso del Regno Unito dall'Unione Europea, la Corte di giustizia resta competente per le questioni pregiudiziali poste dai giudici britannici fino alla fine del periodo di transizione (conclusosi il 31 dicembre 2020).

Occorre allora attendere la decisione della Corte, che potrebbe rivelarsi particolarmente interessante nell'indicare quanto l'intervento dell'Autorità garante possa completare l'attività giurisdizionale nell'ottica di garantire un diritto fondamentale dei cittadini.

Se, secondo l'insegnamento di Sandulli, l'imparzialità e la neutralità del giudice si riferiscono anche al fatto che la sua attività non persegue un interesse pubblico

«correttive» (10), oltre che la più generale potestà regolatoria.

¹⁵ *Stunt v Associated Newspapers Ltd* [2018] EWCA Civ 1780.

specifico e, di conseguenza, non è tenuto a dare prevalenza ad un interesse pubblico rispetto ad altri¹⁶, diverrà particolarmente stimolante comprendere quale punto di equilibrio fra “neutralità” giurisdizionale e imparzialità amministrativa vocata alla tutela di specifici interessi possa essere individuato dalla Corte sovranazionale¹⁷.

Il secondo esempio è invece rappresentato da alcune disarmonie che si rilevano fra la normativa italiana in materia di privacy (in particolare, dopo il recepimento delle norme del GDPR ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101) e l’impianto costituzionale.

4. Segue: la normativa d’attuazione italiana e qualche dubbio di costituzionalità

Il D.Lgs. n. 196 del 2003 (c.d. “Codice privacy”) dedica il suo titolo XII proprio all’attività giornalistica ed alle libertà di espressione e informazione. Coerentemente con le norme generali del GDPR, la normativa italiana disegna sinteticamente il quadro regolatorio e derogatorio da attuare rispetto ai trattamenti di dati personali aventi finalità giornalistiche o di altra manifestazione del pensiero. Con l’art. 136 il legislatore italiano individua quali di questi trattamenti siano riconducibili al settore.

Per quanto riguarda l’attività giornalistica, il criterio di individuazione è prevalentemente soggettivo¹⁸, mentre il criterio oggettivo è rappresentato dal perseguimento *esclusivo* delle finalità riconducibili alla professione dei cronisti. La lettera c) del medesimo articolo opera invece come clausola residuale per tutti quei trattamenti di dati personali che non ricadano nella cronaca: quindi, a prescindere da qualifiche soggettive, godono dell’esonero le operazioni che concretizzano manifestazioni del pensiero, anche *occasionalmente*, ivi incluse le espressioni accademiche, letterarie ed artistiche.

L’art. 137 indica invece quali norme regolamentari non trovano applicazione nel regime giornalistico, fatti comunque i salvi (comma tre) i limiti del diritto di

¹⁶ SANDULLI (1967: 243 ss.), ora in SANDULLI (1990: 271). Cfr. anche MANETTI (1994:112).

¹⁷ Non sembra del tutto arbitrario affermare che un’Autorità garante istituita a presidio di un interesse pubblico specifico manchi di questa “neutralità” rispetto alle diverse e legittime esigenze che l’ordinamento tutela in varia forma. Ciò vale, *a fortiori*, per le Autorità Garanti in materia di *privacy*, che operano a tutela di diritti e interessi prettamente individuali, che solo mediamente si riflettono nel più generale interesse pubblico alla distinzione fra sfera privata e sfera pubblica.

¹⁸ Ci si riferisce, infatti, all’esercizio della professione giornalistica e all’iscrizione nei registri dei giornalisti pubblicisti o dei praticanti (lettere a e b).

cronaca a tutela di altri diritti fondamentali¹⁹, mentre il successivo art. 138 ribadisce il diritto al segreto professionale al segreto sulle fonti anche in caso di richiesta dell'interessato di conoscere l'origine dei dati personali trattati.

L'ultimo articolo del Titolo, l'art. 139, stabilisce il compito del Garante e del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti di adottare, ricercando sostanzialmente un'intesa fra loro²⁰, le regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'attività giornalistica, effettivamente sancite con deliberazione dell'Autorità del 19 novembre 2018²¹.

Accanto a questo potere di natura normativa, la legge garantisce al Garante un peculiare potere sanzionatorio (art. 139, comma 4) in caso di violazione delle stesse, ovvero il divieto del trattamento ai sensi dell'art. 58 del Regolamento. A questo, si accompagna il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in base all'art. 58, comma 2, lettera i del GDPR.

È proprio sulla compatibilità di quest'ultimo potere inibitorio con il quadro costituzionale che occorre riflettere (v. già PACE, 2007; DE MINICO, 2007²²). In particolare, bisogna evidenziare un difetto di coordinamento fra la disposizione in materia di tutela dei dati personali e l'art. 21, terzo comma, Cost.²³

È noto che la disposizione costituzionale ammetta come unica forma "repressiva" nei confronti della stampa il sequestro a posteriori degli stampati, nei

¹⁹ Art. 137, comma 3: «In caso di diffusione o di comunicazione dei dati per le finalità di cui all'articolo 136 restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento e all'articolo 1 del presente codice e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico».

²⁰ In effetti, la procedura prevede l'adozione di tali regole da parte del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti, su proposta del Garante (comma 1). In via suppletiva, però, il Garante può adottare tali norme se entro sei mesi dalla proposta di adozione, integrazione o modifica il Consiglio non si è espresso. Si crea, dunque, una specie di potere di vigilanza *sui generis* e *ratione materiae* da parte del Garante sul Consiglio professionale.

²¹ All'art. 1 di queste *Regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica* pubblicate in G. U. 4 gennaio 2019, n. 3, si legge che, in forza dell'art. 21 Cost., i trattamenti posti in essere nell'ambito dell'attività giornalistica «si differenziano nettamente per la loro natura dalla memorizzazione e dal trattamento di dati personali ad opera di banche dati o altri soggetti».

²² Entrambi gli A. riflettono in particolare sul rapporto problematico fra potere inibitorio del Garante e il divieto di censura.

²³ Sulla compatibilità del sequestro di cui all'art. 21, comma terzo, Cost. con l'informazione in Internet (in particolare con il sequestro del sito) v. MELZI D'ERIL (2014: 153 ss.).

casi tassativamente stabiliti dalla legge sulla stampa (legge 8 febbraio 1948 n. 47) in caso di delitti o di violazione sulle norme che indicano i responsabili della pubblicazione (si parla, come è noto, di *riserva di legge assoluta e rinforzata*: CARTABIA, LAMARQUE, 2018) . E al sequestro si può provvedere solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria, salvi i casi eccezionali e i termini del successivo comma quarto (si è in presenza allora di una *riserva di giurisdizione*). Il principio che emerge è dunque che sottrarre l'informazione alla fruizione del pubblico (non a caso la Costituzione fa riferimento alla stampa periodica, non occasionale) è possibile solo a posteriori, quando lo preveda espressamente la legge e con la garanzia di un controllo giurisdizionale²⁴.

Ora, il modello costituzionale non pare del tutto rispettato dal Codice della privacy. Certo, si potrebbe dire che nella Legge fondamentale si parla di sequestro, mentre l'art. 139 del Codice consente il blocco e il divieto del trattamento; si tratta, però, di un'obiezione non convincente.

In primis, è chiaro che la Costituzione abbia fatto riferimento a quegli impedimenti "meccanici" alla diffusione di una stampa illecita che erano praticabili all'epoca in cui venne redatta: d'altra parte, è noto che la giurisprudenza costituzionale ha esteso i principi dell'art. 21 Cost. ad altri mezzi di diffusione del pensiero.

In secundis, credo che occorra valutare la portata complessiva del principio costituzionale, che si fonda – come detto poc'anzi – sulla posteriorità dell'intervento repressivo e sulle due riserve, di legge e di giurisdizione: insomma, dall'art. 21 è possibile ricavare delle regole valide ancora oggi, separandole dal mezzo specifico per cui erano state pensate²⁵.

Il divieto di trattamento e la rimozione dei contenuti illeciti secondo la disciplina sui dati personali (in una parola: l'*oscuramento*) può, dal punto di vista sostanziale, equivalere ad un *sequestro*, dal momento in cui l'obbiettivo dell'attività repressiva è sottrarre al dominio pubblico un'informazione illecita già resa nota alla generalità dei consociati.

L'intervento della forza pubblica (previsto nei casi di necessità e urgenza dal comma quarto dell'art. 21) non è poi distintivo rispetto alle attività che possono essere ordinate dal Garante: lo dimostra l'art. 156, comma 7, del Codice, che attribuisce le qualifiche di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria al personale dell'Autorità addetto agli accertamenti.

Se questa analogia è valida, bisogna allora constatare che le garanzie costituzionali previste attorno al provvedimento di sequestro non trovano una precisa corrispondenza nella normativa sui dati personali.

²⁴ Sulla disciplina del sequestro degli stampati: MANETTI (2006: 770).

²⁵ Sul punto v. Corte cost., sent. n. 122/1970.

Anzitutto, viene meno la riserva di legge assoluta e rinforzata: non solo il quadro regolatorio si è costruito interamente al di fuori della legge sulla stampa – espressamente richiamata dal Costituente, anche se la giurisprudenza costituzionale ha ammesso che non si tratti di una riserva speciale di legge “organica”²⁶, ma di un riferimento a tutte le leggi che disciplinano la materia – e a prescindere dalla commissione di delitti o di violazioni delle norme sulle responsabilità editoriali, ma l’art. 139 del Codice privacy rinviene i presupposti per il provvedimento inibitorio non già in una violazione di legge, ma nella violazione di regole di natura deontologica, peraltro messe in esecuzione da un organo (il Garante) che concretamente coopera alla loro adozione. Vi è una dequotazione della fonte che, stando anche a recente giurisprudenza costituzionale²⁷, appare in contraddizione con l’istituto della riserva di legge.

Allo stesso modo, difficilmente si può ritenere soddisfatta la riserva di giurisdizione. È d’uopo ricordare che il dibattito sulla natura delle Autorità amministrative indipendenti è ormai ultraventennale (MANETTI, 1994). Epperò la Corte costituzionale ha di recente “chiuso” all’impropria sovrapposizione fra Autorità amministrative e potere giurisdizionale²⁸.

Ma, ancora, è lo stesso Regolamento europeo che esclude questa sovrapposizione, attribuendo specificamente il diritto di ricorrere contro i provvedimenti delle Autorità di controllo (art. 78 GDPR) e assegnando a queste il potere di agire autonomamente in via giudiziaria (art. 58, comma 5 GDPR): un elemento, questo dell’azione giudiziaria ad opera delle Autorità, valorizzato in un contesto diverso proprio dalla Corte costituzionale per escludere la natura giurisdizionale dell’Autorità per la concorrenza²⁹.

²⁶ Corte cost., sent. n. 4/1972.

²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 180/2018, che ha dichiarato l’illegittimità di una norma di legge che rinviava al codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati la possibilità di sospensione dei termini della custodia cautelare, con rinvio ad una nuova udienza, salva la possibilità che l’imputato chiedesse di procedere in assenza del difensore. Veniva dunque violata la riserva assoluta posta dall’art. 13, ultimo comma, Cost. Peraltro, in maniera del tutto sovrapponibile, si trattava di una fonte secondaria “approvata” da un’Autorità indipendente (la Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici essenziali).

²⁸ Con la sentenza. n. 13/2019, la Corte ha escluso che l’Autorità garante per la concorrenza e il mercato potesse essere qualificata come giudice *a quo* per sollevare una questione di legittimità costituzionale. Sulla necessità di “ritornare alla riserva di giurisdizione” di fronte all’ampliarsi dei poteri delle Autorità indipendenti v. DE MINICO (2014: 14).

²⁹ Corte cost., sent. n. 13/2019, punto 5 del *Considerato in diritto*.

Dunque, sebbene sia evidente l'alto profilo di terzietà e imparzialità offerto dalle Autorità di controllo nel perseguimento dell'interesse protetto, tutti questi elementi non sembrano sufficienti – anche in base all'orientamento della giurisprudenza costituzionale – per soddisfare la riserva di giurisdizione dell'art. 21, commi terzo e quarto, Cost.

Del pari, l'origine sovranazionale della normativa in questione (coperta dall'art. 117, comma primo, Cost.) non pare abbastanza per bilanciare l'incoerenza con la Costituzione. E ciò proprio per l'ampio margine concesso agli Stati, soprattutto in materia di giornalismo e libertà di informazione: l'art. 85, comma 2, ammette infatti variazioni anche rispetto al capo VI dedicato alle autorità indipendenti di controllo.

Inoltre, il Considerando 129, riferendosi agli invasivi poteri riconosciuti alle autorità di controllo, evoca espressamente la necessità di conciliarli con le “autorizzazioni giudiziarie preliminari” previste dal diritto processuale degli Stati membri³⁰. Non a caso, le legislazioni di alcuni Stati membri hanno prestato attenzione a salvaguardare i tradizionali istituti di libertà della stampa anche a fronte delle norme europee³¹.

Se si volesse rigorosamente riconciliare i due testi, bisognerebbe allora individuare il presupposto delittuoso nel trattamento illecito di dati personali, di cui all'art. 167 Codice privacy, e utilizzare come perno di coordinamento fra Garante e autorità giudiziaria l'art. 21, comma quarto, Cost., riconoscendo al primo il potere di agire in via preventiva rispetto all'autorità giudiziaria chiamata a convalidare l'atto.

Una via – possibile, ma forse meno rigorosa dal punto di vista dell'esegesi costituzionale – potrebbe invece aprirsi a partire dall'art. 21, ultimo comma, Cost.

In effetti, si potrebbe ritenere che i poteri e le attività del Garante (ma anche l'attività normativo-deontologica del Consiglio nazionale dei giornalisti) trovino fondamento in questa disposizione che, come è noto, vieta le manifestazioni

³⁰ Il Considerando fa riferimento, in particolare, ai poteri di accesso ed ispezione, ma non si vedono ragioni per non estendere la *ratio* anche al blocco di informazioni già rese pubbliche.

³¹ Cfr. l'art. 24 della legge belga 3 luglio 2018 “*relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*”. Il comma 5 dell'articolo esclude l'applicabilità dell'art. 58 GDPR (relativo ai poteri dell'Autorità di controllo) laddove questi realizzino forme di “*contrôle préalable à la publication d'un article*”. La stessa formula è utilizzata per esonerare i trattamenti per finalità giornalistiche dai rapporti con la stessa Autorità ai sensi degli art. 30, comma 4, 31, 33 e 36 GDPR. La libertà della stampa è consacrata all'art. 25 della Costituzione belga.

contrarie al buon costume e impone al legislatore l'individuazione di provvedimenti volti a prevenire e a reprimerne le violazioni³².

Il problema sta nel fatto che, se questa norma può essere un valido fondamento per i poteri repressivi e sanzionatori in caso di attività occasionali o di pubblicazione di prodotti non legati alla parola scritta (come fotografie o videoregistrazioni), è chiaro che per articoli di stampa (*periodica*, come dice il comma terzo) bisognerebbe ricadere nel più complesso – e garantito – regime della doppia riserva.

Prima di concludere sul punto, è opportuna una sottolineatura. Molti di questi strumenti evocati già esistevano prima dell'entrata in vigore del *GDPR*³³, senza trovare (ancora oggi) un fondamento nelle norme comunitarie³⁴. Il che riconduce questi istituti all'ampio margine di discrezionalità degli Stati, che deve esercitarsi nel rispetto dei singoli ordinamenti costituzionali.

Il fatto che questi istituti costituiscano una sorta di “dato acquisito” dell'ordinamento italiano non può essere un deterrente a vagliarne compiutamente la legittimità costituzionale, soprattutto alla luce dell'evoluzione più recente delle comunicazioni digitali che hanno concesso – come è evidente – a chiunque di diventare “giornalista per un istante”³⁵.

Sicché ci troviamo di fronte ad una sorta di paradosso: il regime costituzionale garantista dell'informazione professionale si trasforma in una forma di disciplina aggravata da cui sfuggono, sostanzialmente, tutti quei soggetti della rete che compiono attività del tutto assimilabili (pensiamo ai *blogger*, o a qualunque utente di una piattaforma che condivide informazioni o notizie).

Con ciò non si vuole affatto sostenere che al giornalismo professionale non si possano chiedere (o imporre) diversi e più qualificati standard nella gestione dell'informazione rispetto al comune cittadino-internauta.

Il punto, mi pare, è semmai responsabilizzare ulteriormente gli organi di stampa e i professionisti dell'informazione in una società in cui subiscono la “concorrenza” di tante altre fonti spontanee di notizie.

³² Si reputa dunque che siano applicabili forme di censura e di autorizzazione per i mezzi diversi dalla stampa periodica e, conseguentemente, l'ultimo comma dell'art. 21 non può applicarsi ai giornali: ESPOSITO (1958: 40),

³³ Il codice deontologico dei giornalisti in materia di dati personali e il potere di blocco del trattamento in caso di violazioni di questo erano già previsti dall'art. 25, comma 3, della legge 31 dicembre 1996 n. 675, nonché nell'art. 139 del Codice sulla protezione dei dati personali nella previgente formulazione.

³⁴ L'art. 9 della Direttiva 95/46/CE imponeva agli Stati di individuare le esenzioni e le deroghe per conciliare il diritto alla vita privata con la libertà di espressione.

³⁵ Sulla tematica del giornalismo diffuso sia consentito un rinvio a LAURO (2021).

Questa responsabilizzazione (per utilizzare un termine caro al legislatore europeo), tuttavia, non può avvenire attraverso la normativa sui dati personali.

A fronte di queste aporie, bisogna senza dubbio concordare con la dottrina che invoca per l'art. 21 Cost. una "manutenzione ordinaria" volta a renderlo più consapevole dei problemi odierni (OROFINO, 2019). Allo stato, però, potrebbe essere la fonte primaria ad intervenire per risolvere alcune delle questioni evidenziate.

5. Conclusioni: la difficoltà di ricostruire un quadro regolatorio soddisfacente; la necessità di non demordere

Nel momento in cui il mezzo tecnologico amplifica i confini della libertà di informazione, si rende necessario riflettere su quale sia il punto di bilanciamento più equilibrato di questa con altri beni rivali, punto che non può individuarsi indubbiamente e acriticamente a favore di un diritto ad informare divenuto "adespota" e che rischia di diventare dispotico. La diffusione delle informazioni – attività ormai esercitabile da chiunque con un semplice dispositivo ed un accesso a Internet – rivela infatti un potenziale lesivo non indifferente nei confronti di altri beni di sicuro rilievo costituzionale

Questa difficoltà è stata ben messa in luce dalla recente ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa, nella quale il giudice italiano si confronta con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, rilevando la non conformità della legislazione nazionale con i parametri sviluppati dalla giurisdizione di Strasburgo.

Secondo la tecnica sviluppata nel celeberrimo "caso Cappato" (non priva di profili problematici sul piano processuale e istituzionale, soprattutto nell'applicazione al caso che ci occupa³⁶), la Corte italiana non è però intervenuta con una declaratoria di illegittimità, ma ha constatato – e di questo le va dato particolare merito – i diversi ed importanti interessi in gioco che necessitano di essere calibrati anche in relazione all'attuale condizione tecnologica dei mezzi e alle responsabilità che comunque gravano in maniera particolare sui giornalisti di professione, anche in un mondo in cui tutti potenzialmente possiamo essere giornalisti³⁷.

³⁶ "Tale meccanismo di decisione, che sembrava dover rimanere un unicum, è invece già stato replicato in relazione ad un caso nel quale, diversamente dal caso "Cappato", non erano in gioco scelte tragiche né beni così fondamentali da non poter eventualmente supportare vuoti legislativi" CARMINATI (2020: 261).

³⁷ Corte cost., ord. n. 132/2020, punto 7.3 del *Considerato in diritto*: "Ciò esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato, con

Anzi, come già detto, proprio in questo mondo si guarda alle testate tradizionali per un *quid pluris* nella qualità e nell'affidabilità dell'informazione.

La difficoltà da parte del legislatore di ricostruire un quadro regolatorio soddisfacente, capace di ponderare tutte le diverse esigenze in gioco, è notevole. In questa operazione confluirebbe la necessità di dettare un quadro normativo propriamente penalistico, armonizzandolo con le misure e le regolazioni di carattere amministrativo, il tutto senza dimenticare l'apporto che potrebbe provenire da strumenti civilistici (si pensi ai c.d. "danni punitivi").

Di fronte ad una simile complessità, potrebbe essere forte per il decisore politico, chiamato a farsi legislatore, la tentazione di delegare quest'attività ai giudici, secondo una tendenza ormai sempre più diffusa e consolidata di "giurisdizionalizzazione" della politica (HIRSCHL, 2011).

Ed è ormai incontrovertibile che gli ordinamenti giuridici – anche di *civil law* – non sono in grado di rinunciare all'apporto del diritto giurisprudenziale, perché i casi concreti della vita difficilmente possono trovare esaustiva definizione nelle norme generali ed astratte della legge (v., da ultimo, VIGANÒ, 2021), soprattutto in un mondo che muta, dal punto di vista economico, politico e sociale, ad una velocità straordinaria.

Malgrado tutto ciò, il legislatore non può esimersi dal porre in essere dei tentativi, ben ragionati, di regolamentazione dei fenomeni complessi, facendosi soprattutto carico dei valori democratici e delle libertà fondamentali che mal tollerano di essere esposti al mero "arbitrio" della casistica³⁸.

Da questo punto di vista, la regolamentazione europea in materia di privacy, anche nel rapporto con la libertà di informazione, è fortemente impostata ad un approccio *case by case*, ricco di eccezioni alle regole, che di sicuro non ispira – sotto questo profilo – i legislatori nazionali.

Purtuttavia, questi ultimi restano in grado (ed in dovere) di intervenire nei loro margini di discrezionalità, anche per meglio coordinare le regole europee con le

le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato. Basti pensare, in proposito, agli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet, il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita privata, familiare, sociale, professionale, politica – e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato".

³⁸ Per una rilettura dell'approccio casistico e della critica a questo metodo di interpretazione del rapporto regola-eccezione, v. GINZBURG, 2011.

esigenze che i singoli Testi costituzionali difendono, con perdurante attualità, ancora oggi.

Riferimenti bibliografici

- BARILE P. (1974). *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV. Giuffrè. Milano.
- BASSINI M. (2019). *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*. Aracne. Roma.
- BETZU M. (2012). *Regolare internet. Le libertà di informazione e comunicazione nell'era digitale*. Giappichelli. Torino.
- BETZU M. (2020). *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 1.
- CALIFANO L. (2020). *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n. 33.
- CARETTI P. (2007). *Comunicazione e informazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I. Giuffrè. Milano.
- CARMINATI A. (2020). *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato*. ESI. Napoli.
- CARTABIA M.; LAMARQUE E. (2018). *I diritti dei cittadini*, in V. Onida, M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- CARUSO C. (2013). *La libertà di espressione in azione. Contributo ad una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bononia University Press. Bologna.

- CARUSO C. (2020). *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *ConsultaOnline*.
- CHIOLA C. (1973). *L'informazione nella Costituzione*. CEDAM. Padova.
- CRISAFULLI V. (1964). *La problematica della "libertà di informazione"*, in *Il Politico*, n. 2.
- DE MINICO G. (2007). *Cronaca – Privacy – Censura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- DE MINICO G. (2014). *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista AIC*, n. 1.
- DONATI F. (2018). *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2.
- ERDOS D. (2015). *"From the Scylla of Restriction to the Charybdis of Licence? Exploring the scope of the 'special purposes' freedom of expression shield in European data protection"*, in *Common Market Law Review*, 52.
- ERDOS D. (2019). *European Data Protection and Freedom of Expression After Buivids: An Increasingly Significant Tension*, in *European Law Blog*, 21 febbraio 2019.
- FOIS S. (1960). *Censura (diritto interno)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI. Giuffrè. Milano.
- GINZBURG C. (2011). *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*. Adelphi. Torino.
- HIRSCHL R. (2011). *The Judicialization of Politics*, in R. E. GOODIN (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press. Oxford-New York.
- LAURO A. (2021). *Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social*, in *Media Laws – Rivista di diritto dei media*, n. 2.
- MANETTI M. (1994). *Poteri neutrali e Costituzione*. Giuffrè. Milano.
- MANETTI M. (2006). *Sub Art. 21*, in A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di),

Commentario della Costituzione. Zanichelli. Roma – Bologna.

MELZI D'ERIL C. (2014). *Il sequestro dei siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. "a dispetto" della giurisprudenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2.

OROFINO M. (2019). *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinari*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2.

PACE A. (1992). *Comunicazioni di massa - Diritto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*. Treccani. Roma.

PACE A. (2007). *Quel che il Garante della privacy non può vietare*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 27 marzo 2007.

PALADIN L. (1979). *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà di informazione*. Giappichelli. Torino.

PASCUZZI G. (2010). *Il diritto dell'era digitale*. Il Mulino. Bologna.

PAUNER CHULVI C. (2015). *La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36.

PITRUZZELLA G. (2018). *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 1.

PITRUZZELLA G.; POLLICINO O. (2020). *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*. Bocconi University Press. Milano.

POLLICINO O. (2021). *Piattaforme digitali e libertà di espressione: l'ora zero*, in *lavoce.info*, 19 gennaio.

RICCIO G. M. (2014). *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5.

SANDULLI A. M. (1990^a). *La libertà di informazione*, in ID. *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, I. Jovene. Napoli.

SANDULLI A. M. (1990^b). *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID. *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, II. Jovene. Napoli.

- SPINA A. (2016). *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al Regolamento (UE) 2016-679*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1.
- VIGANÒ F. (2021). *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, n. 1
- WALDMAN A. E. (2018). *The Marketplace of Fake News*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n. 20.

Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta

CARLO MAGNANI *

Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 132 del 9 giugno 2020

Disponibile all'indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0132o-20.html>

Abstract (EN): The paper analyzes the penal discipline of press defamation in the Italian legal system in comparison with the ECHR law. In particular, starting from the sentences of the European Court of Human Rights, a consolidated orientation has originated, which considers the penalty of imprisonment in contrast with art. 10 of the ECHR. The Italian legislation, consisting of art. 595 of the Penal Code and art. 13 of the Press Law, has been repeatedly censured because it provides for imprisonment for journalists found guilty of defamation. The Constitutional Court was asked to resolve the question of the constitutional legitimacy of the national law by comparing it with the interposed community norm pursuant to art. 117, paragraph 1 of the Constitution. With Ordinance no. 132 of 2020 the Constitutional Court postponed the decision, also waiting for the intervention of the legislator.

Sommario

1. Premessa. – 2. Le ordinanze dei giudici ordinari. – 3. Il rimando al diritto convenzionale: differenze tra i giudici a quibus. – 4. L'articolo 10 della CEDU e la pena detentiva nel diritto convenzionale. – 5. Cassazione e diritto CEDU: cenni su un rapporto difficile destinato a finire innanzi alla Consulta. – 6. L'ordinanza della Consulta. – 7. La scelta politica del legislatore. Quale diritto penale? – 8. La libertà d'espressione tra CEDU e Costituzione: cenni problematici.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Urbino "Carlo Bo". Indirizzo mail: carlo.magnani@uniurb.it.

1. Premessa

Il rapporto tra la disciplina penale della diffamazione a mezzo stampa e il diritto della CEDU, al centro dell'ordinanza della Corte costituzionale 132 del 2020¹, pone almeno tre ordini di questioni di rilievo costituzionale. Innanzitutto, emerge un profilo di tipo procedurale, attinente alle dinamiche decisorie della Consulta: questa, infatti, ha ripetuto nella circostanza l'inedita "doppia pronuncia" di rinvio della decisione, inaugurata col cosiddetto "caso Cappato" nel 2018², sollecitando il Parlamento ad intervenire, sulla legislazione soggetta a scrutinio, prima del termine fissato per l'udienza pubblica. A questo tema, che chiama in causa il delicato ruolo istituzionale della Corte costituzionale inverando il principio di leale collaborazione tra i poteri della Repubblica, se ne affiancano altri due, di natura più sostanziale. In primo luogo, i motivi di censura delle norme primarie pongono, ancora una volta, in risalto la centralità del rapporto tra l'ordinamento interno e il diritto sovranazionale, nella fattispecie delle norme e della giurisprudenza della Corte EDU, nella tutela delle libertà fondamentali. Inoltre, come terza area tematica, muovendo proprio dall'intreccio tra Costituzione e diritto CEDU, l'ordinanza propone una riflessione di diritto positivo sul trattamento sanzionatorio che la legislazione, codicistica e speciale, prevede per la diffamazione a mezzo stampa, in particolare modo sulla congruità o meno della pena detentiva.

2. Le ordinanze dei giudici ordinari

La previsione della reclusione in caso di diffamazione aggravata è un punto scoperto del nostro regime della libertà di manifestazione del pensiero in rapporto agli orientamenti che la Corte EDU ha elaborato nella interpretazione dell'art. 10 della Convenzione.

Le fonti primarie di riferimento sono l'art. 595 del codice penale e l'art. 13 della legge 47 del 1948, denominata «Disposizioni sulla stampa». L'art. 595 c.p. contiene la disciplina generale della diffamazione, affermando che ne risponde colui che, eccetto il caso del depennato delitto di ingiuria, comunicando con più persone offenda l'altrui reputazione (pena la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032, ex comma primo); tuttavia, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, può applicarsi la pena della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2.065 (secondo comma)³. Il terzo comma dell'art. 595 c.p.

¹ Corte costituzionale, ord. n. 132, 26 giugno 2020.

² Corte costituzionale, ord. n. 207, 16 novembre 2018.

³ Le pene indicate nei primi due commi dell'art. 595 c.p. sono tra di esse alternative e inoltre destinate, ai sensi dell'art. 52 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, recante

contiene la previsione di alcune aggravanti, infatti se «l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro»; infine, il quarto comma fissa una ulteriore aggravante «Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate». Il modello sanzionatorio concepito nel 1930 è ispirato alla «alternatività tra la pena detentiva e la pena pecuniaria, con un progressivo inasprimento»⁴ a seconda che si verifichino le circostanze aggravanti. Tale sistema viene integrato dall'art. 13 della legge sulla stampa n. 47 del 1948 che combina logicamente le due ipotesi, separate nel codice, della diffamazione a mezzo stampa mediante l'attribuzione di un fatto determinato: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a 256 euro»⁵. Trattasi di una disciplina ormai datata, lontana nel tempo ma dotata comunque di una genesi storica ben precisa: il codice penale fu concepito negli anni del regime fascista anche come strumento per limitare l'esercizio delle libertà civili come quella di espressione, mentre la legge sulla stampa venne discussa e votata direttamente dalla Assemblea costituente in ossequio alla XII disposizione finale e transitoria della Costituzione⁶.

«Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468», ad essere convertite nelle relative sanzioni irrogabili dal Giudice di Pace, cui spetta la competenza per materia, come stabilito dall'art. 4, primo comma, del citato decreto. Si veda a proposito, M. PISAPIA, C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 6/2020, pp. 2 ss.

⁴ Così, Tribunale di Bari, ord., 16 aprile 2019, punto 1 (G.U. n. 40 del 2-10-2019).

⁵ La misura della multa è stata elevata dall'art. 113, secondo comma, l. 24 novembre 1981, n. 689. La sanzione è esclusa dalla depenalizzazione in virtù dell'art. 32, secondo comma, della citata l. 689/1981.

⁶ Sulle radici liberali della legge n. 47 del 1948, M. PISAPIA, C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, cit., pp. 4-5, pur valutando i limiti della legge sulla stampa, concludono che «È in ogni caso innegabile che le disposizioni in questione abbiano avuto il pregio di decretare il definitivo superamento di molte delle storture repressive che sino a quel momento avevano limitato la libertà di manifestazione del pensiero, anche attraverso il mezzo della stampa». D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Medialaws*, 3/2019, pp. 86-87, ricorda il

Nonostante la radicale discontinuità costituzionale operata nel disegno delle libertà, compresa quella di manifestazione del pensiero, il legislatore Costituente volle mantenere, ed anzi rafforzare, la possibilità di punire con la privazione della libertà le forme più gravi di lesione della reputazione.

Volendo restare fedeli al dato letterale dell'art. 13 della legge 47/1948 la disposizione dovrebbe ricevere una larga applicazione: la diffamazione si sostanzia in genere proprio nella attribuzione di un fatto o di una condotta concreta. Nella realtà invece la sua attuazione è del tutto marginale ed episodica. Dal punto di vista statistico si può anche aggiungere che, nel corso di più di un settantennio, i casi nei quali la reclusione è stata effettivamente comminata ed eseguita sono molto rari. La unanime prassi giurisprudenziale considera la fattispecie dell'art. 13 non come una figura criminosa autonoma bensì quale circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 595 c.p.: in questa maniera i giudici, bilanciando circostanze aggravanti e attenuanti, riescono nella maggioranza dei casi ad evitare la reclusione, riconducendo il reato alla forma più lieve prevista dall'art. 595 comma 3, quella punibile anche solo mediante sanzione pecuniaria. Ma non sempre ciò è possibile (gravità del fatto, reiterazione, condotta professionale): pertanto, sia pure saltuariamente, vista l'inaggrabilità della cumulabilità della pena, multa e detenzione sono irrogate insieme⁷. Tuttavia, anche laddove si è giunti a condanne non sospensibili ma esecutive si è ricorsi a provvedimenti di clemenza⁸.

Tutti questi elementi, però, non hanno mai fatto alcuna breccia nella Corte EDU che ha più volte disapprovato sentenze che avevano sanzionato con il carcere espressioni diffamatorie⁹. Rinviando più avanti l'esame dei principi elaborati dai

contributo di Guido Gonella alla stesura della legge sulla stampa e la sua concezione relazionale della libertà di espressione.

⁷ S. BERSANO BEGEY, *La diffamazione a mezzo stampa: le più recenti posizioni della Corte di Cassazione e della CEDU. I progetti di depenalizzazione*, in *Questione Giustizia*, 2016, p. 6, nota che «Va premesso che in concreto non sono molti i casi in cui la nostra Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul punto, posto che obiettivamente nella prassi giudiziaria la pena della reclusione al giornalista non viene applicata quasi mai». Così anche M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2020, pp. 129-130, nota 21.

⁸ Sulla vicenda "Sallusti" e sulla critica delle prese di posizione allarmistiche nella opinione pubblica, si veda, L. BONESCHI, *"Hard cases make bad law". Note a margine del caso Sallusti*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2013, pp. 457-477 ss.

⁹ La dottrina aveva segnalato già, vista la dialettica sviluppatasi su diversi casi tra Corte di Cassazione e Corte EDU, l'opportunità di un intervento della Corte costituzionale: A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013 (26 settembre); C. MELZI D'ERIL, *La Corte*

giudici di Strasburgo, occorre ricordare che l'ultima di queste pronunce è avvenuta solo nella primavera del 2019, relativamente al noto "caso Sallusti", e proprio tale intervento sembra aver costituito un oggettivo impulso affinché la magistratura ordinaria si rivolgesse alla Consulta. I Tribunali di Salerno¹⁰ e di Bari, infatti, hanno sollevato con le loro ordinanze la questione di costituzionalità della pena detentiva per la diffamazione proprio nella immediatezza della sentenza della Corte EDU, mostrando così un certo tempismo; nel caso del foro del capoluogo pugliese il giudice ha proceduto d'ufficio senza alcuna istanza da parte della difesa¹¹.

Le ordinanze di rimessione, riunite dalla Consulta nella ordinanza n. 132 del giugno 2020, sono accomunate dalla richiesta dello scrutinio di costituzionalità delle disposizioni legislative impugnate (art. 595 c.p. e art. 13 della legge 47/1948) in riferimento alla disciplina convenzionale CEDU, che costituisce parametro interposto di legittimità ai sensi dell'art. 117, comma primo, della Costituzione. Questo è il vero minimo comune denominatore rinvenibile nelle ordinanze dei giudici *a quibus*, che ha costituito il fondamento della decisione della Corte costituzionale di trattare congiuntamente i provvedimenti di sospensione. Muovendo da tale premessa, tuttavia, non si possono non rilevare, nella lettura delle ordinanze, due percorsi argomentativi della questione di costituzionalità del tutto differenti, anzi, come è stato ben notato, incompatibili l'uno con l'altro¹².

In primo luogo, nel provvedimento del Tribunale di Salerno oltre al richiamo all'articolo 117 Cost., primo comma, sono presenti riferimenti ad altre disposizioni della Costituzione che risulterebbero violate dalla disciplina primaria. In particolar modo si menzionano gli artt. 3, 21, 25 e 27 Cost., poiché l'arresto per diffamazione costituirebbe un trattamento irragionevole e sproporzionato: tanto in ragione dei principi costituzionali in materia di libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) – in mancanza di interessi giuridici contrari prevalenti all'esercizio della libertà – che in ragione di quelli relativi alla necessaria offensività della condotta

europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti, in Diritto penale contemporaneo, 2013 (13 novembre); M. CUNIBERTI, Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in Osservatorio costituzionale, 2014 (gennaio 2014). Dopo la sentenza sul "caso Sallusti", anche, M. BERNARDINI, Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte Edu, in Diritti Comparati, 2019, p. 4 (17 giugno).

¹⁰ Tribunale di Salerno, ord., 9 aprile 2019 (G.U. n. 38 del 18-9-2019).

¹¹ Tribunale di Bari, ord., cit.

¹² M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., p. 129.

soggettiva (art. 25 Cost.); inoltre, risulterebbe violato anche l'art. 27 Cost., comma terzo, visto che la minaccia di una sanzione detentiva inapplicabile *de facto* non garantirebbe la funzione rieducativa della pena e nemmeno sarebbe efficace dal punto di vista della prevenzione generale e speciale dei delitti¹³. Per il giudice *a quo*, in sostanza, il bene giuridico della reputazione personale non può essere ragionevolmente e proporzionalmente protetto con la misura della carcerazione.

Ma il punto di discrepanza maggiore riguarda la prospettazione generale della illegittimità costituzionale. Il Tribunale di Bari configura un conflitto decisamente meno intenso tra la disciplina interna e il parametro interposto. Infatti, ad essere impugnato è solo l'art. 13 della legge sulla stampa del 1948, sia pure in combinato disposto con l'art. 595 c.p., «nella parte in cui prevede l'irrogazione cumulativa» della pena detentiva e di quella pecuniaria per la diffamazione a mezzo stampa mediante l'attribuzione di un fatto determinato. Secondo questa visione il *vulnus* rispetto alla interpretazione convenzionale della libertà di espressione potrebbe essere rimosso prevedendo anche per tale circostanza più grave di diffamazione l'alternatività del trattamento sanzionatorio tra arresto e multa, come avviene per la diffamazione "semplice". In questa linea interpretativa non si stabilisce una incompatibilità di principio tra carcere e diffamazione aggravata: sarebbe il giudice a dovere valutare di volta in volta la fattispecie delittuosa, potendo muoversi entro un ambito in cui le pene sono alternative e non cumulabili, senza avere cioè l'obbligo di dover irrogare la detenzione potendo sempre optare anche per la multa. Il giudicante, al limite, potrebbe anche valutare la diffamazione grave come ricompresa entro quelle ipotesi eccezionali che, anche per la Corte EDU potrebbero legittimare la reclusione.

Questa rappresentazione *soft* della illegittimità costituzionale muta decisamente nella ordinanza del foro campano. Il contrasto tra diritto convenzionale e diritto interno è configurato in termini più radicali, esso riguarda tanto l'art. 595 c.p. comma terzo che l'art. 13 della legge sulla stampa per il semplice fatto di prevedere la reclusione. Non rileva qui in alcun modo «il dato normativo che la pena detentiva sia prevista astrattamente solo come alternativa» per poter considerare differenti le ipotesi di diffamazione, cioè quella semplice e quella aggravata dalla attribuzione di un fatto determinato. Anche le possibili valutazioni giudiziali, quali il

¹³ Tribunale di Salerno, ord., cit., punto 5, ove si sostiene «che dal punto di vista della prevenzione generale, certamente la generalità dei consociati non sarebbe culturalmente orientata ad astenersi dal commettere una condotta diffamatoria a mezzo stampa per la quale lo Stato italiano prevede una pena detentiva che però la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene sproporzionata e, quindi, non irrogabile in concreto», così come farebbero anche i singoli giornalisti e i direttori responsabili in merito alla pubblicazione dei loro articoli.

bilanciamento delle circostanze aggravanti ed attenuanti, sono giudicate del tutto insufficienti a garantire la libertà di espressione: «è già la stessa previsione astratta della pena detentiva»¹⁴ a costituire un limite eccessivo della libertà di manifestazione del pensiero come è tutelata dall'art. 10 della CEDU.

3. Il rimando al diritto convenzionale: differenze tra i giudici *a quibus*

I giudici rimettenti si sono posti in relazione con il diritto convenzionale, risultante dalle disposizioni della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo, in linea con il cosiddetto “protocollo”¹⁵ elaborato dalle note sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale. Secondo tali pronunce, in caso di contrasto tra la fonte primaria interna e la CEDU, i giudici ordinari hanno due alternative: procedere alla interpretazione della legge conformemente al diritto convenzionale (e prima alla Costituzione che potrebbe altrove tutelare lo stesso diritto) oppure sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost., comma primo, con il diritto CEDU a fungere da norma parametro interposta. Tale nocciolo duro della scelta operata dalla Consulta per regolare i rapporti tra ordinamento interno e diritto (soprattutto giurisprudenziale) della CEDU è rimasto sostanzialmente valido nel tempo, anche di fronte ad una prassi giurisprudenziale ormai più che decennale e dopo ulteriori interventi della medesima Corte costituzionale volti a precisare e a raffinare l'impianto concettuale elaborato nel 2007¹⁶. Rispetto a tale protocollo e alle sue evoluzioni, su cui si tornerà sinteticamente in seguito, i Tribunali di Bari e di Salerno sembrano essersi posti in totale sintonia e osservanza, anche se il medesimo risultato viene raggiunto impiegando due

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, p. 2.

¹⁶ Tra l'ampissima letteratura si indica: E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere Giuridico*, 7/2010, pp. 955 ss.; G. GERBASI, *Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la Cedu e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione europea al sistema convenzionale*, in *Civitas Europa*, 1/2013, pp. 69 ss.; V. SCARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*, in *Rivista AIC*, 1/2017; M. MANCINI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di efficacia della CEDU: verso un modello di rapporti tra Corti di tipo realmente dialogico?*, in *Federalismi.it*, 3/2018; V. SCARABBA, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *ConsultaOnline*, 1/2019, pp. 211 ss.; A. FUSCO, *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, pp. 251 ss.

percorsi argomentativi diversi. In modo particolare, l'ordinanza del giudice campano, quella che configura un conflitto più intenso tra le fonti primarie nazionali e la CEDU, ripercorre in maniera sintetica ma quanto più possibile dettagliata il percorso indicato dalla Consulta al giudice comune per fare emergere la questione di costituzionalità in riferimento al diritto convenzionale violato come parametro interposto. Pertanto, dopo avere attestato che l'interpretazione convenzionalmente conforme non significa di per sé che la legge sia incostituzionale, visto che altre disposizioni della Carta possono dare copertura al principio tutelato dalla CEDU; dopo avere verificato che il diritto giurisprudenziale convenzionale assicura una maggiore tutela del diritto in oggetto, finendo per ampliare così anche l'area di copertura costituzionale del diritto; premesso che tale ampliamento della protezione del diritto umano non si verifica automaticamente nell'ordinamento interno ma solo se è il portato di un «approdo giurisprudenziale stabile» (Corte cost., sent. n. 120 del 2018) o di «un diritto consolidato» (Corte cost., sent. n. 49 del 2015): allora, accertate queste tre condizioni è doveroso per il giudice ordinario sollevare la questione di illegittimità costituzionale ex art. 117 Cost. comma primo¹⁷.

Un simile rigore argomentativo nel dimostrare il netto conflitto tra legge nazionale e diritto CEDU non si rinviene nella ordinanza del giudice di Bari, il quale, anzi, desiste (nel mentre adombra) dall'effettuare una operazione ermeneutica che avrebbe potuto scongiurare la sollevazione del conflitto di costituzionalità: alludendo così ad un percorso che, pur non intendendo intraprendere, forse suggerisce invece alla Consulta di verificare. Infatti, si potrebbe schivare la declaratoria di illegittimità costituzionale interpretando, in senso convenzionalmente e costituzionalmente conforme, l'art. 13 della legge sulla stampa nel senso che questo venga riservato esclusivamente alle ipotesi di diffamazione con attribuzione di un fatto determinato integranti le ipotesi di «eccezionale gravità» per le quali anche la Corte EDU ammette la pena detentiva: negli altri casi i giudici potrebbero utilizzare la disciplina codicistica che prevede l'alternatività tra arresto e sanzione pecuniaria. Il tutto avverrebbe, però, in virtù di una casistica giudiziale priva di validità generale, confidando nella autolimitazione dei giudici quali unici delegati a riallineare il diritto interno a quello convenzionale¹⁸: come riconosce l'ordinanza medesima, si tratterebbe di una forzatura del principio di legalità (ex artt. 25 comma secondo e 101 Cost.) risolvendosi in «un'interpretazione creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale, ed esorbitante rispetto alla funzione giurisdizionale»¹⁹.

¹⁷ Tribunale di Salerno, ord., cit., punto 3.

¹⁸ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 131.

¹⁹ Tribunale di Bari, ord., cit., punto 6.1.

Le questioni di costituzionalità proposte alla Consulta presentano così declinazioni distinte, entrambe non contrarie a Costituzione e al diritto convenzionale ma certamente non sovrapponibili. Il dato giuridico che di certo le accomuna, e che deve essere ora affrontato, è quello della riaffermata incompatibilità della legislazione nazionale sulla diffamazione con la concezione della libertà di espressione secondo la CEDU. Questo specifico profilo rappresenta un *punctum dolens* dei rapporti tra il nostro diritto dell'informazione e quello scaturente dalla lettura di sistema che la Corte EDU dà dell'art. 10 della Convenzione; tanto che a Strasburgo, proprio la legislazione italiana nell'applicazione datane dai giudici ordinari, è stata più volte oggetto di trattazione consentendo il formarsi di una giurisprudenza ben consolidata nel tempo.

4. L'articolo 10 della CEDU e la pena detentiva nel diritto convenzionale

La CEDU, come è noto, tutela la libertà di espressione e di informazione all'articolo 10, con una disposizione strutturata secondo un modello classico delle costituzioni statali e delle dichiarazioni internazionali, cioè sancendo prima il contenuto della libertà tutelata dal diritto per procedere successivamente a definire i limiti che l'ordinamento può stabilire per l'esercizio di quel medesimo diritto²⁰. L'articolo in oggetto non enuncia la libertà di manifestazione del pensiero in termini assoluti²¹, come avviene per altri diritti, ma individua un percorso interpretativo in cui il diritto è chiamato a relazionarsi con una serie di contro-interessi indicati esplicitamente nella disposizione. L'elenco di tali limiti all'esercizio della libertà di espressione appare più sostanzioso tanto in confronto con le carte costituzionali statali (ad esempio rispetto a quella italiana, ove l'unica clausola generale indicata espressamente è quella del limite del buon costume, art. 21 Cost, comma sesto), sia con riguardo al diritto internazionale pattizio²². Nell'articolo 10 CEDU trovano, infatti, fondamento tutte quelle misure compressive giudicate necessarie «alla

²⁰ G. FERRANTI, *L'evoluzione della libertà di informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004, pp. 115 ss.

²¹ C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2017, p. 964. Si veda anche, P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, in *Politica del diritto*, 2/2005, p. 182, il quale nota come la CEDU si differenzi rispetto alla Costituzione e alla Carta di Nizza per «la più capillare serie di previsioni in essa contenute».

²² G. STROZZI, *La libertà dell'informazione nel diritto internazionale*, in AA.VV., *Nuove dimensioni di diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, p. 693, ove si afferma che «L'esercizio delle libertà contemplate nell'art. 10 è soggetto a una serie ampia e articolata di restrizioni e deroghe, più numerose di quelle previste dall'art. 19 del Patto sui diritti civili e politici».

sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario» (art. 10 CEDU, par. 2). Si tratta di un catalogo alquanto ricco che è solo parzialmente sovrapponibile a quei limiti che la dottrina italiana definisce come *impliciti*²³ o *ulteriori*²⁴, figurandovi infatti clausole come la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati che, in virtù della loro oggettiva assonanza con l'ordine pubblico²⁵, non hanno trovato mai unanime riconoscimento nella interpretazione dell'art. 21 della Costituzione²⁶.

La ponderazione tra il contenuto del diritto e gli interessi che ne possono condizionare o derogare l'esercizio è affidata alla Corte EDU, che ha elaborato un consolidato schema giudiziale a partire dalla importante sentenza *Handyside* del 1976. Secondo tale paradigma gli Stati possono circoscrivere la libertà di espressione, compatibilmente con la Convenzione, solo in presenza di tre requisiti verificabili dalla Corte: una legge statale che preveda i limiti; che essi configurino una finalità legittima; e infine, che si pongano in relazione di necessità strumentale con l'esistenza di una società democratica²⁷. Poche righe sotto, la sentenza aggiunge che la libertà di espressione è essenziale per la costruzione di una società

²³ Da ultimo, G.E. VIGEVANI, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, pp. 25 ss.

²⁴ P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, pp. 23 ss.

²⁵ Per la puntuale analisi sistemica della rilevanza dell'ordine pubblico sull'ordinamento della informazione, si veda, M. MANETTI, *Ordine pubblico e democrazie pluralistiche*, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in G. Branca, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, pp. 226 ss. Non ritiene l'ordine pubblico un limite implicito alla libertà di espressione, M.R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2019, pp. 44-45.

²⁶ Così, D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, cit., p. 78. Invece, A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.E.D.U. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2012, pp. 12 ss., sfuma le differenze tra la Costituzione e la CEDU poiché «i profili di divergenza testuale tra art. 10 C.e.d.u. e art. 21 Cost. sono stati ridimensionati, in concreto, proprio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale».

²⁷ Corte EDU, sentenza *Handyside c. United Kingdom*, 7 dicembre 1976, §§ 44, 46, 47, 49.

democratica, costituendone uno dei fondamenti e dei requisiti preliminari per il suo progresso e per lo sviluppo dell'umanità intera. La Corte, ponendo in relazione principio democratico e libertà di parola, formula poi in un *obiter dictum* un principio che resterà alla base della interpretazione dell'art. 10 CEDU: vale a dire, che sotto la sua tutela non ricadono solo le espressioni e le idee accolte con favore o considerate innocue e indifferenti, ma vi rientrano anche le idee più urticanti e offensive tanto verso lo Stato che verso una parte della popolazione («*those that offend, shock, or disturb the State or any sector of the population*»)²⁸.

Muovendo da questa concezione della libertà di manifestazione del pensiero, di matrice funzionale, si potrebbe dire impiegando le categorie forgiate dalla dottrina italiana sull'art. 21 Cost., e sostanzialmente sovrapponibile a quella elaborata dalla Corte costituzionale parimenti incentrata sulla connessione tra democrazia e libera diffusione di idee e informazioni²⁹, occorre ora precisare quale sia l'apparato sanzionatorio per la diffamazione che la Corte EDU considera non compatibile con l'art. 10 della CEDU.

Con la sentenza pilota della grande camera del caso *Cumpănă e Mazăre c. Romania* del 2004, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha inaugurato³⁰ un indirizzo, costantemente confermato più volte persino nelle medesime formulazioni testuali, che sancisce l'incompatibilità tra l'art. 10 della CEDU e le legislazioni che prevedono la pena detentiva, specie per la diffamazione, per giornalisti e operatori dell'informazione³¹. L'orientamento elaborato dai giudici convenzionali si può sintetizzare in alcuni passaggi essenziali. Agli Stati è pienamente consentito prevedere tramite legge delle sanzioni che tutelino determinati profili della dignità della persona, quali ad esempio la reputazione menzionata anche nella CEDU all'articolo

²⁸ *Ivi*, § 49. Ciononostante, l'esito del procedimento non fu favorevole alla parte domandante, in quanto la Corte EDU rinvenne la presenza di tutti e tre i requisiti per la legittima ingerenza, nel caso si trattava del sequestro di una pubblicazione, della autorità giudiziaria. Si veda per un inquadramento sui confini della libertà di espressione a livello europeo, G.E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 3/2015, pp. 3 ss.

²⁹ A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.E.D.U. nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 12 ss., vede nell'art. 10 CEDU la prevalenza della dimensione funzionale della libertà d'espressione rispetto a quella individuale che invece sarebbe dominante nell'art. 21 Cost. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, anche in questo caso come per i limiti, avrebbe «dato un contributo molto significativo per ridurre la distanza dall'art. 10 C.e.d.u.».

³⁰ C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, in *Medialaws (Anticipazione)*, 2020, p. 4.

³¹ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 123.

8, contro le aggressioni che possono ricevere dalla attività di libera informazione. Tuttavia, l'apparato punitivo predisposto non può mai costituire una sproporzionata minaccia per la società democratica, le misure repressive devono essere cioè strettamente necessarie e non esorbitare in regole che avrebbero il significato di intimidazione o di inibizione per la libera diffusione di informazioni o di idee. E la previsione del carcere per la fattispecie della diffamazione, anche di quella consistente nella attribuzione di un fatto determinato, rientra per i giudici di Strasburgo all'interno di tali misure sproporzionate e non necessarie per il mantenimento e il consolidamento di una società democratica; escludendo tuttavia talune circostanze eccezionali, ove la lesione di diritti fondamentali si realizzi come nella diffusione di discorsi di odio o di istigazione alla violenza. Il ricorso alla privazione della libertà personale non è quindi escluso in via di principio per i delitti di opinione.

La Corte EDU nella maturazione di tale indirizzo ha enfatizzato quella dimensione della libertà di espressione che la vuole funzionale al rafforzamento di una società democratica, come emerge dal già citato tenore letterale dell'art. 10 CEDU³². Nella sentenza della Grande camera sopra ricordata si menziona come premessa «il ruolo indispensabile di “cane da guardia” (“public watchdog”) che la stampa svolge in una società democratica»³³. Rispetto a questa funzione devono essere bilanciati gli interessi che possono contrastare con la libertà di stampa, e proporzionate le misure repressive in caso di violazioni di quei limiti. La Corte EDU riconosce che «Se gli Stati contraenti hanno la facoltà, o persino il dovere, in virtù dei loro obblighi positivi discendenti dall'art. 8 della Convenzione, di regolamentare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare una protezione adeguata da parte della legge alla reputazione degli individui, essi devono evitare, così facendo, di adottare delle misure tali da dissuadere i media dall'adempiere al loro ruolo di segnalare al pubblico casi di abusi apparenti o supposti dei pubblici poteri». I giornalisti, specie quelli di inchiesta, rischiano di «essere reticenti nell'esprimersi su questioni che presentano un interesse generale se corrono il rischio di essere condannati» in virtù di legislazioni che «prevedono sanzioni per gli attacchi ingiustificati contro la reputazione altrui, a pene detentive o alla interdizione dall'esercizio della professione»³⁴. I giudici di Strasburgo giudicano pericoloso «l'effetto dissuasivo (“chilling effect”) che il timore» delle sanzioni può comportare per chi usa i media; effetto «Nocivo per la società nel suo insieme» che

³² A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.E.D.U. nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 12. Così anche, A. GULLO, *Diffamazione e pena detentiva. Riflessioni su Cass. Pen., Sez. V, 11.12.2013 (13 marzo 2014), n. 12203*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016 (16 marzo), p. 8.

³³ Corte EDU, sentenza *Cumpănaș e Mazăre c. Romania*, 17 dicembre 2004, § 93.

³⁴ *Ivi*, § 113.

deve pertanto essere ben ponderato «nel quadro dell'apprezzamento della proporzionalità – e quindi della giustificazione – delle sanzioni inflitte»³⁵. Quindi, se le giurisdizioni statali sono pienamente competenti nello stabilire le pene, la Corte EDU ritiene che «una pena detentiva inflitta per una infrazione commessa nel campo della stampa non è compatibile con la libertà di espressione giornalistica garantita dall'art. 10 della Convenzione se non in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali sono stati gravemente attaccati, come nell'ipotesi, per esempio, della diffusione di un discorso di odio o di incitamento alla violenza»³⁶. Al di fuori da questi casi eccezionali la mera previsione della pena detentiva «produce immancabilmente un effetto dissuasivo» (§ 116), a prescindere da tutte le circostanze che possono riguardare la vicenda processuale. Ma non solo la carcerazione è considerata sproporzionata per la diffamazione, lo è anche una sanzione accessoria o deontologica come l'interdizione all'esercizio della professione³⁷.

Tale dottrina della Corte EDU si è consolidata nel tempo ricevendo integrazioni e precisazioni che non hanno fatto altro che confermare³⁸ l'impianto di base. È stato sancito, ad esempio, che non solo la pena detentiva o la sospensione professionale hanno un effetto oggettivamente intimidatorio per il giornalista, ma anche le sanzioni pecuniarie ingenti e i risarcimenti civili di notevole entità³⁹. Così come non rileva ai fini della contrarietà alla Convenzione il fatto che la pena possa venire commutata in multa o sospesa nella sua esecuzione con provvedimenti di clemenza: anche in queste circostanze rimane intatto il valore intimidatorio della mera previsione della pena detentiva, non risultando scongiurato dalla discrezionalità a cui

³⁵ *Ivi*, § 114.

³⁶ *Ivi*, § 115.

³⁷ *Ivi*, §§ 118, 119, ove: «Per quanto riguarda l'ordine che vieta ai ricorrenti di lavorare come giornalisti per un anno [...], la Corte ribadisce che le restrizioni preventive delle attività dei giornalisti richiedono il più attento esame da parte sua e sono giustificate solo in circostanze eccezionali [...]. La Corte ritiene che, sebbene dalle circostanze del caso non risulti che la sanzione in questione abbia avuto conseguenze pratiche significative per i ricorrenti [...], essa era particolarmente severa e non avrebbe potuto in nessun caso essere giustificata dal semplice rischio di recidiva dei ricorrenti. La Corte ritiene che vietando ai ricorrenti di lavorare come giornalisti come misura preventiva di portata generale, anche se soggetta a un limite di tempo, i giudici nazionali hanno violato il principio secondo cui la stampa deve essere in grado di svolgere il ruolo di "cane da guardia pubblico" in una società democratica».

³⁸ Si veda ad esempio, Corte EDU, *Katrami c. Grecia* (I sez.), 6 dicembre 2007, e, *Morice c. Francia* (Grande Camera), 23 aprile 2015.

³⁹ Corte EDU, sentenza *Kasabova c. Bulgaria* (IV sez.), 19 aprile 2011; nonché sentenza *Riolo c. Italia* (II sez.), 17 luglio 2008.

resta soggetto ogni atto di indulgenza⁴⁰. Recentemente, ancora una volta in una pronuncia contro l'Italia, la Corte EDU ha considerato non proporzionata una condanna per diffamazione aggravata consistente nella sola pena pecuniaria, anche se non eccessiva⁴¹.

A questo consolidato orientamento giurisprudenziale occorre poi aggiungere alcune azioni di organismi operanti nell'ambito del Consiglio d'Europa che parimenti hanno evidenziato i profili critici del trattamento sanzionatorio per i reati di opinione. In primo luogo, si menzionano gli interventi dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa⁴² che invitano, tra le altre cose, gli Stati membri: alla abolizione immediata della pena detentiva per la diffamazione; a precisare bene nella legislazione il delitto medesimo per scongiurare arbitri giudiziari; a limitare – sempre nella diffamazione – il ricorso illegittimo a sanzioni penali e a garantire l'indipendenza della magistratura⁴³. Inoltre, va citato anche un parere della

⁴⁰ Tale concetto è espresso in un passo nella sentenza *Cumpană e Mazaře c. Romania*, cit., § 116, in cui si fa riferimento alla grazia presidenziale concessa che non serve a mutare il ragionamento della Corte EDU. Si vedano inoltre le sentenze *Belpietro c. Italia* (II sez.), 24 settembre 2013, *Sallusti c. Italia* (I sez.), 7 marzo 2019, nonché, per un delitto concernente la divulgazione di segreti, la sentenza *Ricci c. Italia* (II sez.), 8 ottobre 2013.

⁴¹ Corte EDU, sentenza *Magosso e Brandani c. Italia*, 16 gennaio 2020, §§ 59 e 61, ove «La Corte osserva tuttavia che gli interessati sono stati dichiarati colpevoli di diffamazione e condannati ciascuno al pagamento di una multa, il che conferisce alla misura un elevato grado di gravità. Se l'importo delle multe può di per sé non sembrare eccessivo, una sanzione penale resta comunque una pena e, in quanto tale, rischia di avere un effetto particolarmente dissuasivo sull'esercizio della libertà di espressione. [...] Infatti, non si può negare l'effetto dissuasivo di tali sanzioni sul ruolo dei giornalisti [...] di contribuire al dibattito pubblico su questioni che interessano la vita della collettività». Si veda, per un primo commento, A. TARALLO, *L'esimente del diritto di cronaca nella prospettiva della Cedu: nota alla sentenza Magosso-Brindani contro Italia*, in *Dirittifondamnetali.it*, 1/2020, pp. 1384 ss.

⁴² Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Raccomandazione, La liberté d'expression dans les médias en Europe*, 1589(2003), 19 settembre 2003; nonché *Risoluzione, Vers une dépenalisation de la diffamation*, 1577(2007), 7 dicembre 2007; e *Risoluzione, L'état de la liberté des médias en Europe*, 1920(2013), 24 gennaio.

⁴³ Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Risoluzione, Vers une dépenalisation de la diffamation*, cit. § 17, ove è indicato l'invito agli Stati a: «17.1. à abolir sans attendre les peines d'emprisonnement pour diffamation; 17.2. à garantir qu'il n'y a pas de recours abusif aux poursuites pénales et à garantir l'indépendance du ministère public dans ces cas; 17.3. à définir plus précisément dans leur législation le concept de diffamation, dans le but d'éviter une application arbitraire de la loi, et de garantir que le droit civil apporte une protection effective de la dignité de la personne affectée par la diffamation; 17.4. à ériger en infractions pénales l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination, les menaces à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en

Commissione di Venezia (richiamato nelle due ordinanze dei giudici *a quibus*), con cui l'organo del Consiglio d'Europa si esprimeva proprio sulla legislazione italiana e sugli effetti del disegno di legge ("Costa") giacente in Parlamento che intendeva riformare l'art. 13 della legge sulla stampa nel senso della sostituzione della reclusione con la multa: pur valutando il valore economico della sanzione pecuniaria ancora alto, quindi rappresentante un «effetto dissuasivo quasi pari al carcere», si esprimeva apprezzamento per la scelta di avere eliminato la detenzione aderendo alle raccomandazioni ricevute⁴⁴.

5. Cassazione e diritto CEDU: cenni su un rapporto difficile destinato a finire innanzi alla Consulta

L'incompatibilità assoluta tra la pena detentiva per offese alla reputazione personale e il diritto convenzionale è un dato problematico e non scontato, infatti, in un contesto che spinge verso la depenalizzazione, specie da parte degli organismi parlamentari del Consiglio d'Europa, circa la metà degli Stati aderenti ad esso la prevede proprio come risposta alla diffamazione⁴⁵. La medesima Corte EDU, inoltre, ha sempre mantenuto costante il richiamo alle circostanze eccezionali che possono giustificare la detenzione per le forme più gravi di lesione di diritti fondamentali tramite la stampa.

L'ordinamento italiano presenta, come visto in precedenza, una disciplina della diffamazione difficilmente conciliabile con il diritto convenzionale, ne sono testimonianza le diverse censure che i giudici di Strasburgo hanno indirizzato alla nostra legislazione. Comunque, non è mai mancato un attivo dialogo tra essi e la magistratura ordinaria, che ha visto quest'ultima aprirsi ai principi convenzionali sul tema dei limiti della libertà di informazione. Da questo punto di vista, il cosiddetto "caso Sallusti" ha rappresentato l'epitome e la conclusione al tempo stesso del tentativo della Corte di Cassazione di interpretare la legge nazionale quanto più

raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, dès lors qu'il s'agit de comportements intentionnels, conformément à la Recommandation de politique générale no 7 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI); 17.5. à ériger en infractions pénales passibles d'emprisonnement uniquement l'appel à la violence, le discours de haine ainsi que le discours négationniste; 17.6. à bannir de leur législation relative à la diffamation toute protection renforcée des personnalités publiques, conformément à la jurisprudence de la Cour».

⁴⁴ Commissione Venezia, *Parere* 715(2013), *Opinion on the legislation on defamation of Italy*, 9 novembre 2013.

⁴⁵ S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *Medialaws*, 1/2020, p. 74.

conformemente possibile alla Convenzione. Visto il fallimento dell'esito di tale compromesso, la via maestra che si apriva davanti, anche per l'inerzia del legislatore, non poteva che essere quella del rinvio alla Consulta per lo scrutinio di costituzionalità.

La Corte di Cassazione aveva contribuito, assecondando la tendenza già ben consolidata nella giurisprudenza ordinaria, a limitare il ricorso alla pena detentiva nei processi per diffamazione, rispondendo così «alle “pressioni” di Strasburgo in modi forse non del tutto consueti e ortodossi attraverso l'uso estremo del canone dell'interpretazione conforme alla Convenzione»⁴⁶. In questo senso è stata letta la sentenza del 2013⁴⁷ che ha annullato con rinvio la condanna a sei mesi di reclusione, sia pure condizionalmente sospesa, di un giornalista (e del direttore responsabile per omesso controllo) per il solo fatto della applicazione della pena detentiva⁴⁸. Un altro analogo caso di diffamazione aggravata, *ex art. 595 c.p.* in connessione con art. 13 legge 47/1948, è stato parimenti oggetto di una pronuncia di annullamento della Cassazione nella parte relativa alla irrogazione della pena detentiva operata dai giudici di merito: la condanna a tre mesi, condizionalmente sospesa, è stata considerata «eccessiva» tenendo proprio conto delle pronunce della Corte EDU sui casi “Sallusti” e “Belpietro” richiamate nella sentenza⁴⁹. Infine, con una recente decisione intervenuta dopo l'ordinanza n. 132/2020 della Consulta, che risulta citata nelle motivazioni in diritto, la Cassazione ha annullato la condanna a otto mesi per diffamazione aggravata e continuata ai danni di esponenti delle forze dell'ordine, chiedendo proprio di riconsiderare la pena alla luce del diritto convenzionale⁵⁰.

Secondo autorevole dottrina vi erano i margini, per i due giudici che si sono rivolti alla Consulta, di operare una interpretazione conforme alla CEDU della

⁴⁶ C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, cit., p. 5.

⁴⁷ *Ivi*, p. 6. Si veda inoltre il commento di, A. GULLO, *Diffamazione e pena detentiva. Riflessioni su Cass. Pen., Sez. V, 11.12.2013 (13 marzo 2014), n. 12203*, cit., p. 8.

⁴⁸ Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 12203, 13 marzo 2014, punto 10, ove si argomenta che: «Neppure va trascurato, a contrastare l'applicabilità al caso di specie della pena detentiva, l'orientamento della Corte EDU che, ai fini del rispetto dell'articolo 10 della Convenzione relativo alla libertà di espressione, esige la ricorrenza di circostanze eccezionali per l'irrogazione, in caso di diffamazione a mezzo stampa, della più severa sanzione, sia pure condizionalmente sospesa, sul rilievo che, altrimenti, non sarebbe assicurato il ruolo di “cane da guardia” dei giornalisti».

⁴⁹ Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 38721, 19 settembre 2019, punto 3 (considerazioni in diritto).

⁵⁰ Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 26509, 9 luglio 2020, punto 3 (considerazioni in diritto).

legislazione vigente⁵¹, essi avrebbero potuto scongiurare comunque il carcere escludendo che le ipotesi di diffamazione oggetto di giudizio potessero rientrare nelle circostanze eccezionali indicate dalla Corte EDU, in coerenza con gli indirizzi della Cassazione. Forse la vicinanza cronologica con la sentenza “Sallusti” proveniente da Strasburgo ha avuto un peso nel motivare i giudici *a quibus* a interpellare la Corte costituzionale. La scelta, motivata come si è visto sopra da punti di vista per certi versi opposti, appare del tutto legittima e opportuna: occorre una pronuncia di sistema che faccia il punto su una legislazione che troppe volte è stata considerata lontana dai principi del diritto convenzionale, risultando non sufficiente la mediazione della interpretazione giurisprudenziale conforme a garantire una apprezzabile certezza del diritto.

La sentenza della Corte EDU sul “caso Sallusti” ha rivelato efficacemente proprio la fragilità di soluzioni basate sulla opera soggettiva di adattamento da parte degli operatori del diritto. Nel caso di specie tra Corte di Cassazione e Corte EDU si è prodotta una divaricazione sulla valutazione delle «circostanze eccezionali» idonee a giustificare la pena detentiva per i delitti di opinione. La Suprema Corte riconosce pienamente il valore del diritto convenzionale nella delimitazione della portata della libertà di informazione, ma nella valutazione del caso concreto sostiene che l’«assenza di contrasto tra le norme interne [...] e le disposizioni dell’art. 10 CEDU, con particolare riguardo, per quest’ultima, alla sua unanime interpretazione giurisprudenziale, è di tutta evidenza, anche in riferimento al trattamento sanzionatorio più severo, costituito dalla reclusione»⁵². Con una lunga argomentazione, che tocca vari aspetti anche deontologici della vicenda⁵³, la Cassazione valuta il trattamento sanzionatorio del carcere scelto dai giudici di merito in linea con il diritto convenzionale, perché trattasi di pene sostenute dal perseguimento di un fine legittimo, necessarie e proporzionate, in quanto la diffamazione di specie rientrerebbe a pieno titolo entro le ipotesi eccezionali che consentono l’arresto⁵⁴. La

⁵¹ C. MELZI D’ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, cit., p. 6.

⁵² Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 41249, 26 settembre 2012, punto 11.

⁵³ *Ibidem*. Si veda inoltre la efficace sintesi di, M. CUNIBERTI, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il “caso Belpietro” davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 6, per il quale la Cassazione giustifica «la “eccezionalità” del caso essenzialmente nella gravità delle accuse formulate nei confronti del magistrato querelante e degli altri soggetti, nella deliberata omissione di ogni correzione o rettifica, nell’idoneità della diffamazione ad incidere fiducia del pubblico nel corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie».

⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 41249, cit., punto 11, ove: «Al di là della dimostrata gravità dei fatti commessi dal Sallusti e dall’implicita, ma chiara e

Corte EDU, come è noto, ribalterà questa impostazione affermando «che la sanzione penale inflitta al ricorrente è stata per natura e severità manifestamente sproporzionata al fine legittimo invocato»⁵⁵, negando quindi che il caso potesse configurare una circostanza eccezionale.

Tale esito del “caso Sallusti” si presta, nella prospettiva del giudizio di costituzionalità, a due osservazioni. In primo luogo, resta del tutto impregiudicata e indecisa⁵⁶ la questione sul quando ricorrano quelle «circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza»⁵⁷, per le quali è legittimo irrogare anche la reclusione. In secondo luogo, l’opportunità del rinvio alla Consulta della legislazione nazionale sembra scaturire anche dal tono perentorio con il quale la Cassazione aveva invece escluso qualsiasi profilo di compatibilità costituzionale con la norma interposta evocata dall’art. 117 Cost., primo comma. La Cassazione, non a caso, osservava che questi nodi «non risultano affrontati dai giudici di primo e secondo grado, in quanto non sono stati prospettati con la dovuta argomentazione dagli imputati», ma, ciononostante, tale «omissione è incensurabile, non essendo manifesta alcuna difformità tra le norme penali in questioni rispetto al disposto dell’art. 10 CEDU»⁵⁸.

6. L’ordinanza della Consulta

Il non fruttuoso dialogo tra le corti (nazionali e sovranazionale) e la pendenza di rilevanti questioni tutte da definire hanno trovato una loro (provvisoria) sintesi nel giudizio incidentale di costituzionalità da cui è sfociata l’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale. La decisione della Consulta, tramite un’ordinanza di rinvio della udienza di discussione⁵⁹, segna (non senza sorpresa) la ripetizione di una tecnica innovativa, impiegata prima una sola volta suscitando un vasto dibattito in dottrina⁶⁰; tecnica che anzi si credeva costituisse un *unicum*.

lampante, giustificazione alla mancata concessione delle attenuanti generiche – già sufficiente a configurare un’*ipotesi eccezionale* legittimante l’inflizione della pena detentiva».

⁵⁵ Corte EDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 63.

⁵⁶ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 124-5. *Contra*, S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, cit., p. 80.

⁵⁷ Corte EDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 59.

⁵⁸ Corte di Cassazione, sez. V penale, sentenza n. 41249, cit., punto 4.

⁵⁹ La data fissata è quella, che si sta approssimando, del 22 giugno 2021.

⁶⁰ Si indica, tra i tanti, A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnline*, Studi

L'ordinanza è strutturata nelle classiche due parti che costituiscono le sentenze, cioè il "ritenuto in fatto" e il "considerato in diritto", tanto che potrebbe persino dubitarsi sul suo statuto ontologico-giuridico a seconda che a prevalere sia l'analisi formale o quella sostanziale⁶¹. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'ordinanza «nella sostanza è [una sentenza], malgrado la sua struttura problematica ed aperta»⁶²; mentre secondo altra visione «È indubbio, infine, che la pronuncia in esame vada ricompresa nel *genus* delle ordinanze interlocutorie, da sempre utilizzate, dalla Corte, (anche) nei giudizi in via incidentale»⁶³.

Muovendo dal contenuto della decisione emergono comunque delle differenze non trascurabili rispetto alla cosiddetta "ordinanza Cappato", dissonanze che vengono segnalate concordemente anche da chi enuclea poi dal disposto significati divaricati. Così, è stato efficacemente notato che «diversamente dall'ordinanza n. 207 del 2018, l'ordinanza n. 132 del 2020 non prefigura in termini precisi né le caratteristiche dell'intervento che si richiede al legislatore, né i contenuti della decisione che la Corte è orientata a adottare nel caso in cui tale intervento non

2018/III, pp. 571-575; M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio-sullefonti*, 3/2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018 (1 dicembre); U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018 (23 novembre); A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *ConsultaOnline*, 1/2019 (21 febbraio), pp. 92 ss.; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *ConsultaOnline*, 2/2019 (30 luglio), pp. 370 ss.

⁶¹ F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27/2020 (7 ottobre), p. 216.

⁶² A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *ConsultaOnline*, 2/2020, p. 406 (9 luglio).

⁶³ R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, p. 106. Lo stesso Autore nota criticamente come «la pronuncia in esame, infatti, innanzitutto conferma l'esistenza di un fenomeno più generale – che interessa, cioè, anche altre funzioni esercitate dalla Corte – e che si sostanzia in un utilizzo estremamente disinvolto delle forme mediante le quali la stessa veicola le proprie decisioni» (p. 105).

sopravvenga nel termine indicato»⁶⁴. Sul punto la dottrina risulta divisa tra chi sottolinea appunto il carattere aperto della decisione, che lascerebbe spazio al legislatore individuato come interlocutore privilegiato senza prefigurare la declaratoria di incostituzionalità⁶⁵, e chi invece ritiene che essa «accerta l'incostituzionalità della normativa impugnata» costituendo «una *species* di pronunce di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”»⁶⁶. Si può qui svolgere una breve osservazione. Chi vede nell'ordinanza l'anticipazione di una dichiarazione di illegittimità non sembra tenere in debito conto che il risultato perseguito dalla Corte costituzionale

⁶⁴ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 135. Cfr. anche A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, cit., p. 406, ove: «Ancora una pronuncia, quella cui si indirizzano le notazioni che seguono “a prima lettura”, che riprende, con non secondari adattamenti, lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato: lo si fa, però, con maggiore accortezza ed un linguaggio più paludato, in seno ad un ragionamento corredato di opportuni richiami alla giurisprudenza europea ed internamente articolato e non scevro, per vero, di qualche oscillazione (forse, studiata...), sì da rendersi disponibile, in occasione della definizione del caso, ad ogni possibile esito in ragione del comportamento che nel frattempo terrà il legislatore».

⁶⁵ Così, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 216, ove «nell'ordinanza n. 132/2020 non si coglie un'esplicita volontà preannunciata di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, ma semmai l'esigenza di stimolare un intervento organico del legislatore, su una materia imperniata su un nucleo di costituzionalità, utilizzando i criteri del rinvio e della doppia decisione, al fine di indirizzare e salvaguardare l'ordinamento da una pericolosa mutilazione».

⁶⁶ R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, cit., p. 104. Anche per A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, cit., p. 406, «Il riferimento espressamente fatto nella decisione in commento alle due pronunzie su Cappato lascia intendere che, laddove la disciplina stessa non dovesse aversi, la Corte verosimilmente caducherà la normativa impugnata». Così anche D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *ConsultaOnline*, 3/2020, pp. 634-635, ove: «La Corte costituzionale non lascia, infatti, alcun margine di incertezza sulla circostanza che la questione verrà accolta, configurandosi quindi una tipologia di decisione che contiene una motivazione anticipatoria di quella che sarà la sentenza con la quale si concluderà il processo costituzionale. Ed anche, A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in *ConsultaOnline*, 3/2020, p. 551, ove: «Appare perciò logico ritenere che il Giudice delle leggi adotterà una sentenza di incostituzionalità e, presumibilmente, motiverà in maniera molto dettagliata, dando delle “linee guida” ai giudici comuni che si dovranno pronunciare per risolvere la questione nel caso concreto».

(l'armonizzazione con il diritto convenzionale tramite la rimodulazione della pena per la diffamazione a mezzo stampa)⁶⁷ appare difficilmente raggiungibile con lo strumento della sentenza. Di tale difficoltà sembra invece essere ben consapevole la Consulta, che preferisce stimolare il Parlamento non per sottrarsi a un «compito al quale anche in questa occasione questa Corte non può e non intende sottrarsi, ma che – rispetto alle possibilità di intervento di cui dispone il legislatore – sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori; con il connesso rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale (per analoghe preoccupazioni, si veda ancora l'ordinanza n. 207 del 2018)»⁶⁸.

I ricorsi aprono di fronte alla Consulta un ventaglio di possibilità quasi tutte costituzionalmente percorribili. Vista la consonante connessione che l'ordinanza istituisce tra il valore della libertà d'espressione nella Costituzione e il diritto CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, con puntuali rinvii ai principali casi e ai documenti degli organi del Consiglio d'Europa, è da escludere del tutto una sentenza di rigetto. Una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto assumere invece diverse declinazioni. In primo luogo, aderendo al ricorso del giudice di Salerno, si sarebbe potuta dichiarare la totale incompatibilità tra il regime della detenzione e il delitto di diffamazione, in qualunque forma esso si presenti, aggravato o meno dalla attribuzione di un fatto determinato⁶⁹. In secondo luogo, con

⁶⁷ D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, cit., p. 635, intende la rimodulazione come eliminazione *tout court* del carcere. Infatti, «nell'iter argomentativo dell'ordinanza si evince chiaramente che i Giudici ritengono illegittima la disciplina della diffamazione a mezzo stampa in vigore nel nostro ordinamento nella parte in cui prevede in via alternativa o cumulativa la pena detentiva, salvo eventuali casi di particolare gravità che potrebbero comunque comportare una limitazione della libertà personale».

⁶⁸ Corte costituzionale, ord. n. 132, cit., par. 8. L'ordinanza precisa che «Rimarranno nel frattempo sospesi anche i giudizi *a quibus*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate».

⁶⁹ A parere di, D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, cit., p. 635, «la Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale solo della parte relativa alla diffamazione a mezzo stampa

una declaratoria più circoscritta, la Corte costituzionale avrebbe potuto semplicemente dichiarare l'illegittimità del solo cumulo (e non anche l'alternatività) tra reclusione e sanzione pecuniaria per l'ipotesi di diffamazione indicata nell'art. 13 della legge 47 del 1948 (ordinanza del giudice di Bari). Infine, si sarebbe potuti anche giungere ad una sentenza manipolativa additiva nella quale la Corte si fosse incaricata di precisare le circostanze eccezionali di legittimità della detenzione per la diffamazione o di indicare alcune scriminanti per la reclusione da applicare poi da parte dei giudici comuni. In questa ultima ipotesi la magistratura si sarebbe vista delegare un amplissimo margine di discrezionalità in assenza di uno specifico parametro normativo⁷⁰. In tutti i casi di accoglimento, comunque, la Consulta avrebbe anticipato e condizionato le scelte del legislatore, in presenza di progetti di legge giacenti richiamati espressamente nella ordinanza, e avrebbe caricato tutto il peso dell'adeguamento al diritto convenzionale sulla interpretazione dei giudici ordinari. Proprio per scongiurare tale esito era praticabile allora una ulteriore alternativa, vale a dire quella della ordinanza di inammissibilità con monito al legislatore. Optando per tale soluzione si sarebbe però ripetuta la situazione indicata nella ordinanza n. 217 del 2018, e cioè la permanenza nell'ordinamento giuridico

prevista dal codice penale, lasciando impregiudicata la previsione della pena detentiva per la diffamazione concernete un fatto determinato». Trattasi di una soluzione, di accoglimento parziale del ricorso del giudice *a quo*, che avrebbe inciso sul profilo francamente meno confliggente con il diritto CEDU, lasciando intatte tutte le questioni più rilevanti (nesso tra attribuzione fatto determinato e reclusione).

⁷⁰ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 132.

di norme di dubbia conformità a Costituzione⁷¹; inoltre si sarebbero anche levate voci assai critiche da parte del mondo dell'informazione⁷².

Per quanto discutibile, quindi, la tecnica decisoria impiegata appare ampiamente condivisibile⁷³ per le oggettive circostanze normative che connotano il concreto scrutinio di costituzionalità, più che per ragioni sostanziali connesse alla materia oggetto della legislazione impugnata⁷⁴. È la complessità del giudizio ad orientare la Corte costituzionale verso una soluzione o l'altra, e non il tipo di materia a cui la legge rimanda. Nel caso, la Consulta riconosce di non avere gli strumenti idonei per realizzare quel nuovo bilanciamento tra libertà di informazione e tutela della reputazione personale diventato ormai necessario, visto che quello rappresentato dalla attuale legislazione sulla diffamazione «è divenuto ormai inadeguato, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi rammentata, che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive»⁷⁵. La Corte invita a tenere conto del fatto che il settore della informazione «è soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida

⁷¹ Corte costituzionale, ord. n. 207, 23 ottobre 2108, par. 11, ove: «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria [...]. Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare». D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, cit., p. 634, nota come nella ordinanza 132/2020 manchi un esplicito passaggio sulla non utilizzabilità della ordinanza di inammissibilità: ciò testimonierebbe che si tratta di una decisione di illegittimità già maturata ma solo differita.

⁷² M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 134-5, è il solo a sottolineare meritoriamente questo aspetto non secondario.

⁷³ Si concorda sul punto con il giudizio di, M. CUNIBERTI, in *Ibidem*.

⁷⁴ In questo senso invece argomenta, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, cit., p. 218, che vede già nella materia legislativa al vaglio della Consulta una sorta di primato dell'Assemblea, per cui «quando si tratta di ridisegnare perimetri normativi che attengono alle libertà e ai valori fondamentali, la “delega” alle Assemblee elettive rappresenta, per il giudice delle leggi, la più efficace garanzia di conformità allo spirito democratico».

⁷⁵ Corte costituzionale, ord. n. 132, cit., par. 7.3.

evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni», e che gli «effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet»⁷⁶ hanno conseguenze molto devastanti per le vittime.

Spetterà, in primo luogo, al Parlamento realizzare il nuovo bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità umana, rivedendo il trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa nel senso di evitare ogni forma di intimidazione verso i professionisti, e di tutelare altresì la reputazione delle persone aggredite, anche in forme «talvolta maliziose», dalla attività di informazione. La Corte costituzionale indica solo alcuni principi generali che dovranno essere considerati dalle Camere, secondo una linea di ridimensionamento sostanziale del diritto penale, abbozzando un «sistema di tutela dei diritti in gioco, che contempli non solo il ricorso – nei limiti della proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito – a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati (come, in primis, l'obbligo di rettifica), ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare, rispondendo allo stesso interesse degli ordini giornalistici pretendere, da parte dei propri membri, il rigoroso rispetto degli standard etici»⁷⁷. La Consulta, poi, concludendo questo delicato passaggio richiama pressoché alla lettera la giurisprudenza della Corte EDU, e passando il testimone al legislatore indica che questi «potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio»⁷⁸.

7. La scelta politica del legislatore. Quale diritto penale?

La Consulta traccia una linea che si distingue dalla «*vulgata* che si legge di frequente sugli organi di stampa», pronta a sventolare 'bavagli' o a denunciare come censura ogni sanzione che colpisce un giornalista, per adottare una ottica ispirata alla prudenza⁷⁹. I punti essenziali, deducibili proprio dagli ultimi passaggi appena citati, sembrano prefigurare un diverso sistema sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa improntato al diritto penale minimo⁸⁰. Riassumendo: in primo luogo, la pena detentiva così come è configurata non è compatibile con il diritto

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ivi*, par. 8.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Come rilevato opportunamente da, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, cit., p. 8.

⁸⁰ *Ibidem*.

convenzionale (il quale non è contrario a Costituzione); in secondo luogo, anche il ricorso a pene diverse dalla reclusione deve essere proporzionato rispetto alla gravità dell'illecito; in terzo luogo, devono essere previsti rimedi civilistici, come il risarcimento del danno, e mezzi di riparazione mediatici, come la rettifica, adeguati alla lesione del bene giuridico; e in ultima istanza, va valutata anche l'efficacia di provvedimenti di natura disciplinare che coinvolgano gli ordini e la dimensione deontologica della professione.

Come si vede la Corte costituzionale indica una serie di strumenti, per realizzare l'equilibrio tra il diritto di cronaca e il rispetto dovuto alla reputazione delle persone, ordinati secondo uno schema decrescente, muovendo dal diritto penale per scendere sino alle misure disciplinari adottabili dagli organi di disciplina dei giornalisti. Uno dei nodi fondamentali che dovranno essere dipanati riguarda proprio l'area che potrà essere riservata alla repressione penale, e, all'interno di questa, se e come troverà in futuro applicazione la reclusione. Se il diritto della CEDU è ormai granitico nella affermazione della incompatibilità tra carcere e diffamazione – principio consolidato e specificato che comprende anche trattamenti risarcitori elevati e provvedimenti disciplinari troppo severi, e che non perde valore di fronte a sospensione o a condono della pena – non altrettanto può dirsi per la configurazione delle circostanze eccezionali che possono invece contemplare la condanna detentiva. La Corte EDU ha sempre menzionato tale possibilità ma non ha mai fatto davvero chiarezza su quali siano le ipotesi di speciale gravità della offesa. Nella sentenza sul “caso Sallusti” si afferma che l'irrogazione di una pena detentiva è possibile «soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza»⁸¹. Neppure l'ordinanza della Consulta è sul punto più chiara, riprendendo pressoché alla lettera il dispositivo impiegato dai giudici convenzionali: ma sembra considerare legittima la reclusione nelle ipotesi circostanze⁸².

Come intendere questa formulazione? Le due categorie dei discorsi di odio e dei messaggi di incoraggiamento alla violenza devono essere intese come integranti le uniche fattispecie legittimanti la repressione detentiva o semplicemente indicano solo talune imprescindibili ipotesi senza pretesa alcuna di esaustività? Parte della dottrina ha interpretato nel primo senso il disposto della giurisprudenza CEDU, giungendo a stabilire una assoluta incompatibilità tra irrogazione della reclusione e diffamazione a mezzo stampa⁸³; a maggior ragione ciò sarebbe

⁸¹ Corte EDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 59.

⁸² Vedi *supra* Nota 75.

⁸³ Già segnalava, A. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*,

incontrovertibilmente vero dopo la sentenza sul “caso Sallusti”⁸⁴. Altra dottrina, invece, ritiene che le specie indicate non esauriscano le circostanze eccezionali nelle quali è lecito reprimere le espressioni del pensiero illecite con trattamenti penali anche severi e persino con il carcere. In questa prospettiva si valorizza il fatto che la medesima giurisprudenza della Corte EDU premette il riferimento alle già menzionate tipologie (discorsi di odio e messaggi di violenza), da trattarsi quindi come esemplificazioni⁸⁵, con il richiamo alla violazione di «altri diritti fondamentali» (altri rispetto alla reputazione o alla libertà di stampa?), tra i quali potrebbero forse rientrare anche le lesioni più gravi della dignità personale sotto forma di diffamazione⁸⁶. Come è stato fatto notare già in passato, ai tempi delle prime sentenze della Corte EDU che redarguivano l'Italia, pur nel contesto internazionale di una forte spinta alla depenalizzazione della diffamazione il dibattito resta aperto, numerosi paesi del Consiglio d'Europa prevedono la pena detentiva, e dal punto di vista del diritto interno «la scelta della decriminalizzazione non è imposta da nessuna norma cogente, neppure di tipo convenzionale», ma si tratterebbe di una scelta politica⁸⁷.

1/2016, p. 7, che le circostanze eccezionali indicate nelle sentenze della Corte EDU sono «Ipotesi ancora che, come noto, nel nostro ordinamento non hanno a che vedere con la diffamazione ma trovano altrove la loro disciplina». Esse possono trovare ad esempio, spazio nell'art. 604-bis c.p. “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”.

⁸⁴ Secondo S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, cit., p. 80, «se in passato alcune pronunce avevano lasciato qualche dubbio in merito alla possibilità di includere nel concetto di “circostanze eccezionali” che consentono l'applicazione di misure detentive anche episodi di diffamazione dal contenuto molto grave, in questa sentenza la Corte EDU sembra aver stabilito, una volta per tutte, che la pena alla reclusione non è applicabile in relazione a reati di diffamazione a mezzo stampa».

⁸⁵ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., p. 125.

⁸⁶ Così già, C. MELZI D'ERIL, *La Corte europea condanna l'Italia per la sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, cit., p. 10, secondi cui «Esistono, peraltro, non poche ragioni per ritenere che, almeno per i casi più gravi di diffamazione, ovvero le offese seriali, le campagne stampa volte a screditare, le violente offese basate su fatti che il giornalista sa essere falsi e non ha mai ritenuto di rettificare, sia appropriato mantenere come pena la reclusione».

⁸⁷ V. PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del “caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 12, secondo il quale «Si tratterebbe di una scelta politica, che vi sono ottime ragioni per non intraprendere e che non apparirebbe coerente con il nostro sistema costituzionale».

L'attività del legislatore si concentra su un disegno di legge presentato al Senato⁸⁸ che ha esaurito l'esame delle Commissioni e che ha iniziato l'*iter* in Assemblea. Si tratta di un testo che affronta aspetti dell'ordinamento dell'informazione non confinati alla sola questione della riforma della diffamazione⁸⁹. Per ciò che attiene più strettamente al profilo sanzionatorio, la scelta di politica legislativa è quella della abolizione della reclusione per qualsiasi forma di diffamazione, mentre a contrario si aumentano le sanzioni pecuniarie. In speciale modo, l'articolato votato in Commissione dispone che «Nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa [...] si applica la pena della multa da 5.000 euro a 10.000 euro». In secondo luogo, si prevede che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, si applica la pena della multa da 10.000 euro a 50.000 euro». Anche l'articolo 595 del codice penale risulta riformato, statuendo che «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della multa fino a euro 15.000»; mentre in caso di diffamazione aggravata, cioè «arrecata con il mezzo della stampa o con un qualsiasi mezzo di pubblicità, in via telematica, ovvero in atto pubblico la pena è aumentata della metà».

Il progetto di legge prevede altre forme di tutela non penalistica della reputazione personale. Viene rafforzato lo strumento della rettifica, estendendone l'esigibilità anche verso i quotidiani *online* costituenti prodotto editoriale ai sensi della legge n. 62 del 2001: ma senza stabilire alcun obbligo di registrazione. Anche l'autore della pubblicazione o del servizio ha il diritto di chiedere la diffusione della rettifica negli stessi termini concessi al soggetto chiamato in causa. Inoltre, si inaspriscono le sanzioni in caso di rifiuto o imprecisione nella pubblicazione della rettifica: in questi casi il giudice può ordinare la pubblicazione e condannare la parte inadempiente al pagamento di una sanzione (da 5.165 euro sino a 51.646

⁸⁸ Senato della Repubblica, ddl. S. n. 812, del 20 settembre 2018, Sen. Caliendo, dal titolo (modificato dopo il licenziamento del testo in Commissione Giustizia avvenuto il 7 luglio 2020), «*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato*». Alla Camera dei Deputati giace un disegno di legge sulla stessa materia (iniziativa On. Verini, ddl. C. n. 416 del 27 marzo 2018) che però non ha intrapreso nessun percorso all'interno della Camera. Il testo del Senato è stato approvato dalla Commissione Giustizia il 7 luglio del 2020 e, dopo l'esame delle Commissioni Affari Costituzionali e Bilancio, è stato calendarizzato in aula dal 29 ottobre 2020.

⁸⁹ Per un primo esame dei plurimi aspetti del disegno di legge, si veda, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta*, cit., pp. 9 ss.

euro). La riparazione mediante rettifica è un rimedio su cui la proposta di legge investe molto, infatti, l'autore dell'offesa, e con lui il direttore responsabile, «non sono punibili se, con le modalità previste dall'articolo 8 della presente legge, anche spontaneamente, siano state pubblicate o diffuse rettifiche o smentite idonee a riparare l'offesa». L'autore del contenuto incriminato non è altresì non punibile quando abbia chiesto la pubblicazione della rettifica o della smentita richiesta dalla parte offesa e la pubblicazione sia stata rifiutata.

Un altro profilo che va segnalato (sia pure succintamente) riguarda la riforma della disciplina della responsabilità degli operatori della Rete, gli *host provider* che gestiscono le piattaforme social. Anche su questi nuovi media la reputazione personale può essere tutelata mediante l'inibizione alla circolazione dei contenuti considerati diffamatori. La 'novella' intende modificare il decreto legislativo n. 70 del 2003 nel senso di instaurare una procedura *notice and take down*, in base alla quale gli operatori della Rete avrebbero l'obbligo di nominare un responsabile "preposto" alla ricezione di reclami (da scegliere tra un iscritto all'albo dei giornalisti) a cui gli utenti ritenutisi offesi da contenuti diffusi possano notificare la richiesta motivata, per carenza di veridicità o della dovuta continenza formale, di rimozione o disabilitazione. La notifica determina la presa in carico del reclamo e può sfociare nella immediata rimozione (entro 24 ore) o, se non si valuta offensivo il messaggio, nella instaurazione (entro 7 giorni) di una procedura di conciliazione in contraddittorio presso un organismo di autoregolamentazione facente capo all'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom)⁹⁰.

Il legislatore sembra dunque orientato ad eliminare la reclusione per qualsiasi forma di diffamazione aderendo ad una precisa interpretazione del diritto convenzionale, il quale però richiede che pure le sanzioni pecuniarie non siano di entità eccessiva. Qualche rilievo critico sulla scelta si può brevemente svolgere. La riduzione della riparazione al mero dato economico apre alla incognita della "monetizzazione" del rischio professionale e, quel che è più grave, anche della offesa della reputazione altrui: è conosciuto già in partenza il prezzo massimo da pagare. A questo elemento non è affatto indifferente la forza e la natura economica dei soggetti interessati: la pena potrebbe subire una traslazione dal diffamatore all'editore,

⁹⁰ Senato della Repubblica, ddl. S. n. 812, cit., art. 4. Nel caso in cui il reclamante non sia d'accordo con la decisione dell'organismo di autoregolamentazione di non rimuovere o disabilitare il contenuto giudicato offensivo può rivolgersi al giudice ordinario. Mentre l'utente che ha pubblicato il contenuto diffamatorio ha il solo diritto di ricevere notifica della decisione a lui sfavorevole dell'organo di conciliazione: la riforma non specifica altro riguardo alla sua posizione. Sembra che la procedura in contraddittorio non lo debba vedere né protagonista né debitamente informato mediante notifica: il suo "avvocato" di difesa è di fatto la piattaforma social che tutela sé stessa.

divenendo un mero costo di impresa⁹¹. Un grande gruppo potrebbe benissimo valutare come “convenienti” campagne stampa di dubbia etica professionale per perseguire interessi di altra tipologia; verrebbe comunque trattato alla stregua più piccolo dei giornali online a conduzione personale.

8. La libertà d'espressione tra CEDU e Costituzione: cenni problematici

In questo paragrafo conclusivo si proverà a tracciare un quadro, necessariamente sintetico e quasi a modo di spunto, di alcuni profili problematici del rapporto tra il diritto costituzionale alla manifestazione del pensiero e il corrispondente diritto convenzionale. Nel tratteggiare tali questioni si muoverà dalle tematiche che sono suggerite direttamente dalla fattispecie oggetto di trattazione, per terminare poi con osservazioni che presentano invece un profilo decisamente più generale, che si ritiene comunque non inutile menzionare.

I principi giurisprudenziali del diritto CEDU sono chiamati ad integrarsi con la Costituzione, la quale mantiene nei rapporti con il diritto convenzionale una priorità assiologica⁹², come sancito dalla Corte costituzionale. Il caso della disciplina della diffamazione a mezzo stampa mette in evidenza la questione dei rapporti tra regime costituzionale delle libertà fondamentali e dimensione sovranazionale dei diritti⁹³. Si tratta di un tema su cui, come è noto, la letteratura è vasta. Nel caso di specie, il diritto convenzionale amplia la tutela della libertà di informazione forse a discapito della protezione della reputazione personale. Tuttavia, non sembrano essere in opera le contraddizioni più rilevanti riscontrabili nella dinamica del rapporto tra ordinamento interno e diritto internazionale pattizio. In primo luogo, si verifica una osmosi ermeneutica verso l'alto⁹⁴ per ciò che attiene il contenuto del diritto inviolabile in questione, la libertà di stampa riconosciuta nell'art. 21 Cost., per la quale il diritto convenzionale individua una migliore tutela. Il relativo sacrificio, o meglio, la rimodulazione della tutela del bene della reputazione personale

⁹¹ V. PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del “caso Sallusti*, cit., pp. 10-11, il quale nota anche che «Altro inconveniente è che le pene pecuniarie nel nostro sistema restano in larghissima misura non eseguite».

⁹² Corte costituzionale, sentenza n. 49, 26 marzo 2015, par. 4: «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)».

⁹³ La letteratura è vastissima, si indica solo, A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, pp. 335 ss.

⁹⁴ F. SALERNO, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *Osservatoriosullefonti*, 1/2018, p. 23.

non sembra costituire per la Consulta un motivo così incombente da giustificare una risposta che schieri l'ordinamento costituzionale in una posizione conflittuale rispetto al diritto della CEDU. In secondo luogo, appaiono adempiuti, a proposito della "interpretazione conforme" a Convenzione e a Costituzione, anche i presupposti dipanati nella evoluzione della giurisprudenza della Consulta a partire dalla adozione delle celebri "sentenze gemelle". Queste si segnalavano per una impostazione particolarmente aperta verso il diritto giurisprudenziale sovranazionale, disegnando un protocollo che poteva scivolare verso una «soggezione indiscriminata della Corte costituzionale al "diritto vivente" di Strasburgo»⁹⁵. Tale schema, dotato di una certa rigidità⁹⁶ nel prevedere l'osservanza delle sentenze CEDU, è stato integrato nel tempo, precisando, tanto sul lato della interpretazione conforme a Convenzione che su quello della costruzione della norma parametro per il giudizio di costituzionalità, che la giurisprudenza della Corte EDU alla quale attingere per dedurre il "diritto vivente" convenzionale deve avere determinate caratteristiche: deve trattarsi cioè di una giurisprudenza consolidata⁹⁷. In tale traiettoria si è visto un recupero di centralità del ruolo della Corte costituzionale (congiuntamente alla sanzione della priorità assiologica della Carta), la quale, visto il carattere casistico della giurisprudenza convenzionale⁹⁸, ha voluto ribadire che non solo il diritto

⁹⁵ A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, cit., p. 4.

⁹⁶ *Ivi*, p. 13.

⁹⁷ Corte costituzionale, sent. n. 49 del 2015, par. 7: «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». Si veda, R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *ConsultaOnline*, 2015, p. 182, nota, con una prospettiva comunque critica, come «La Corte costituzionale restringe i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell'ordinamento interno ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, l'una sopra all'altra, la Costituzione e la CEDU». Sempre evidenziando i chiaroscuri della sentenza, si vedano anche: P. MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in *SIDIBlog*, 2015 (15 aprile); F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, pp. 333-343; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritti comparati*, 2015 (7 aprile).

⁹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 264, 28 novembre 2012, ove, per la Consulta la Corte EDU è «tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre essa «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori

convenzionale deve essere conforme a Costituzione ma che all'interno del variegato "diritto vivente" che promana da Strasburgo occorre distinguere quegli orientamenti consolidati che costituiscono il riferimento per gli interpreti⁹⁹.

Le ordinanze di rimessione, tanto nel ricostruire la norma parametro convenzionale che nella prospettazione del conflitto di costituzionalità si fondano su una giurisprudenza così consolidata da non poter lasciare dubbi sulla piena pertinenza del diritto convenzionale. Non sembra quindi in dubbio l'aderenza dei giudici ordinari al diritto convenzionale, e neppure la conformità a Costituzione di questo. Del resto, la strada alternativa, sarebbe stata quella di instaurare un conflitto tra diritto CEDU e Costituzione sfociante nella declaratoria di incostituzionalità della legge di adozione della Convenzione (nella parte in cui): ma un simile esito non è proprio prospettabile, per carenza di presupposti oggettivi, avrebbe significato considerare la pena del carcere per la diffamazione aggravata dotata di una assoluta e inderogabile copertura costituzionale.

Passando invece a considerazioni di ordine più generale, è possibile fare cenno, sia pure in forma sintetica, ad alcune problematiche sulla prestazione costituzionale delle sentenze di Strasburgo sul diritto fondamentale alla manifestazione del pensiero. Di fronte alla CEDU permane sempre il dubbio se la sua capacità di penetrare l'ordinamento interno sia dovuta al criterio formale, rinviante alla fonte di adozione e alla revisione dell'art. 117 Cost., oppure se a determinare tale "fortuna" non sia invece il profilo sostanziale, cioè il contenuto a «vocazione costituzionale» rimandante al valore della dignità umana¹⁰⁰. Forse in ragione di tale oggettiva pregnanza assiologica, come è stato rilevato, la libertà di espressione è esposta da parte

coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata». Nella sentenza 49 del 2015 (par. 6.2) la Consulta cita anche nello stesso senso una precedente sentenza: «Questa Corte ha già affermato che "Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata" (sentenza n. 236 del 2011)»

⁹⁹ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2015, p. 401, sintetizza: «opportunamente e per la prima volta, la Corte costituzionale elenca, in positivo, i casi nei quali il giudice comune è propriamente vincolato dalla decisione di Strasburgo: a) quando la decisione della Corte EDU abbia definito la causa di cui il giudice comune torna ad occuparsi; b) quando la giurisprudenza di Strasburgo costituisca "diritto consolidato"; c) quando si tratti di una sentenza pilota».

¹⁰⁰ A. FUSCO, *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 251.

dei giudici di Strasburgo ad un «interventismo militate»¹⁰¹ che rischia di condizionare significativamente il suo contenuto costituzionale. L'art. 10 della CEDU è tendenzialmente distinto dalla concezione della libertà d'espressione espressa dal costituzionalismo democratico, non rifacendosi al modello individualista-illuminista¹⁰² per prediligere una visione decisamente meno assolutista e più funzionalista. Il medesimo segmento del diritto dell'informazione convenzionale qui esaminato, cioè il trattamento penale della diffamazione, non è affatto esente da ambiguità che rimandano proprio a questa matrice e all'interventismo militante della Corte EDU. Se, da un lato, sembra ampliarsi l'area della libertà di informazione, mediante l'invito a dotarsi di legislazioni penali leggere per le offese alla reputazione, dall'altro si sollecita a più riprese una più intensa azione repressiva contro determinate categorie di espressioni (i discorsi di odio e di violenza). A volte è la Corte EDU a risolvere tali contraddizioni, come nel caso dei discorsi negazionisti, che vengono solitamente derubricati dall'esercizio della libertà di espressione *ex art. 10 CEDU* per essere invece sussunti sotto la fattispecie dell'abuso del diritto *ex art. 17 CEDU*: in questa maniera si giudicano compatibili le legislazioni repressive eliminando la copertura più garantista¹⁰³. A prevalere pare essere la concezione funzionale della libertà di espressione ideologica. Anche per ciò che concerne la previsione della detenzione per le espressioni offensive della dignità umana, abbiamo visto all'opera il richiamo alle non meglio definite "circostanze eccezionali" legittimanti l'arresto. Ebbene, queste situazioni vengono esplicitate dalla Corte EDU solo citando i discorsi di odio e quelli che incitano alla violenza, andando quindi a tutelare beni giuridici collegati ad una nozione generica di dignità umana¹⁰⁴ che sembra

¹⁰¹ C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, cit.

¹⁰² P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, cit., 182-186; C. Caruso, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli intolleranti». Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2013, pp. 795 ss.

¹⁰³ Si veda, ad esempio, Corte EDU, sentenze, *Lehideux and Isorni c. Francia*, 23 settembre 1998; *Garaudy c. Francia*, 7 luglio 2003; *Witzsch c. Germania*, 13 dicembre 2005. Una soluzione che inquadra il fenomeno entro l'art. 10 CEDU si ha invece nel caso *Williamson c. Germania*, su cui si veda la nota critica di, M. CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Medialaws*, 2/2019, pp. 311 ss.; nonché, ID., *Discriminazione razziale e propaganda, obblighi di valutazione del contesto e critica politica tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Medialaws*, 3/2020, spec. pp. 255-6.

¹⁰⁴ P. TANZARELLA, *Il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013 (17 gennaio), p. 3.

riguardare più l'appartenenza a entità collettive che non l'individuo in quanto tale¹⁰⁵. Ma è davvero certo che una campagna di diffamazione rivolta a distruggere l'immagine di una persona sia socialmente meno pericolosa di messaggi violenti o di odio?

La specifica vicenda della diffamazione rimanda alle problematiche costituzionali di fondo della tutela multilivello dei diritti. La libertà d'espressione è diritto eminentemente politico che riflette nella sua disciplina la configurazione ordinamentale del rapporto tra individuo e regime politico. Tale fattore non è presente nella medesima intensità nell'ordinamento costituzionale e in quello convenzionale, presentandosi quest'ultimo come fattore di spolticizzazione del conflitto tra il cittadino e lo Stato, ove il ricorrente dismette anzi, per un istante, i panni della cittadinanza: «quella prevista dalla CEDU è una giurisdizione dei diritti individuali *contro* lo Stato, nel senso polemico di essere *contro* l'idea di comunità politica»¹⁰⁶. I processi di tutela sovranazionale dei diritti, se ampliano la sfera di tutela e pongono l'attenzione su problematiche a volte non bene valutate nell'ordinamento interno, presentano questioni delicate per i diritti costituzionali. Le capacità trasformative della CEDU, se troppo enfatizzate, potrebbero portare a «riconoscere la necessità di un “vincolo esterno” di natura internazionalistica e quasi “tecnocratica” non solo per ciò che riguarda l'evoluzione del settore dell'economia e del welfare italiani, bensì anche per ciò che riguarda gli stessi diritti fondamentali (civili e, in maniera minore, politici)»¹⁰⁷. Una evoluzione del genere, spostando ancor più sul terreno delle Corti la grammatica delle libertà fondamentali, correrebbe il rischio di spolticizzare i diritti, con costi per la certezza del diritto e nei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni. Una dinamica, questa, che tutto sommato si è vista all'opera anche nel caso trattato, nel quadro di una annosa difficoltà del legislatore nel prendere la parola. L'invito, ispirato al principio della leale collaborazione, che la Corte costituzionale ha rivolto al Parlamento nella ordinanza n. 132/2020 costituisce una opportunità da cogliere appieno non solo per sanare una

¹⁰⁵ M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., p. 126.

¹⁰⁶ A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2014, pp. 97-98, ove si aggiunge che «In buona sostanza, la tutela multilivello dei diritti, non è uno strumento d'inclusione sociale (come i diritti di cittadinanza), perché nella dimensione *a-politica* dell'ordinamento multilivello, la garanzia dei diritti come pretese puramente soggettive, non è funzionale a implementare alcun processo di integrazione *politica*».

¹⁰⁷ A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, cit., p. 20.

situazione di dubbia costituzionalità, ma anche per condurre nelle sedi della rappresentanza politica il dibattito sul contenuto di un diritto eminentemente connesso alla politica democratica come quello della libertà di informazione. Appare pertanto un fatto positivo che toccherà al decisore politico stabilire il nuovo bilanciamento tra la protezione della reputazione personale e il diritto di diffondere notizie e idee, favorendo così anche il coinvolgimento della opinione pubblica nella delicata opera di mediazione degli interessi in gioco.

Qualche riflessione sulla sentenza n. 235 del 2020 della Corte costituzionale: implicazioni sul principio della copertura finanziaria ex art. 81, terzo comma, Cost.

CLEMENTE FORTE, MARCO PIERONI *

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 235 del 10 novembre 2020

Disponibile all'indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0235s-20.html>

Sommario

1. Le questioni sottoposte allo scrutinio della Corte. – 2. Il profilo relativo all'art. 3. – 2.1 L'obbligo di copertura: il metodo. – 2.2 Il problema della copertura degli oneri pluriennali. – 2.3 La copertura di nuovi o maggiori oneri con i mezzi di bilancio. – 2.4 I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi. – 3. Il profilo relativo all'art. 7. – 3.1 Qualche osservazione preliminare in merito alla richiamata pronuncia n. 227 del 2019. – 3.2 Il merito di cui all'art. 7. – 4. L'obbligo di copertura: principio o clausola generale? – 5. Una breve riflessione sui recenti sviluppi della dottrina in tema di copertura.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

C. FORTE, M. PIERONI, *Qualche riflessione sulla sentenza n. 235 del 2020 della Corte costituzionale: implicazioni sul principio della copertura finanziaria ex art. 81, terzo comma, Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Consiglieri della Corte dei conti.

1. Le questioni sottoposte allo scrutinio della Corte

Con la sentenza n. 235 del 2020, la Corte costituzionale, pronunciandosi su un ricorso in via principale della Presidenza del Consiglio per ritenuta violazione dell'art. 81 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 3 e 7 della legge della Regione Siciliana 6 agosto 2019, n. 14.

Quanto al citato art. 3 della legge della Regione Siciliana¹, la Corte ha ritenuto la violazione dell'art. 81 Cost. in considerazione di due profili: a) la norma, nell'istituire un ufficio alle dirette dipendenze del Garante denominato Ufficio del Garante, ha circoscritto al solo esercizio finanziario 2019 l'autorizzazione di spesa per il funzionamento del neo-istituito Ufficio che richiede una quantificazione dell'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione proiettato per «un orizzonte temporale almeno triennale», trattandosi di «spese continuative obbligatorie»; b) l'istituzione dell'Ufficio comporta spese per gli «stipendi» del personale in dotazione dell'Ufficio stesso, nonché, comunque (e necessariamente), ulteriori «spese fisse» per il funzionamento dell'Ufficio medesimo e per le iniziative assunte dal Garante coerentemente con le funzioni assegnategli, oneri a copertura dei quali non sarebbe sufficiente la prevista riduzione di disponibilità di bilancio.

Quanto alle censure riferite all'art. 7 della regionale citata², la Corte, considerati gli incisivi interventi nel settore previdenziale (sui trattamenti di pensione e su

¹ Art. 3 *Ufficio del Garante della persona con disabilità*. 1. Al comma 1 dell'articolo 10 del Capo II della legge regionale 10 agosto 2012, n. 47, le parole "il Garante si avvale degli uffici e del personale dell'Assessorato regionale della famiglia, delle politiche sociali e del lavoro senza ulteriori e maggiori oneri a carico del bilancio della Regione" sono sostituite dalle parole "al Garante vengono garantite adeguate risorse umane e finanziarie. A tal fine è istituito un ufficio alle dirette dipendenze del Garante denominato Ufficio del Garante il cui personale è individuato con decreto dell'Assessore regionale per la famiglia, le politiche sociali ed il lavoro nell'ambito delle attuali dotazioni organiche". 2. Per le finalità del presente articolo è autorizzata, per l'esercizio finanziario 2019, la spesa di 45 migliaia di euro per il funzionamento dell'Ufficio e per ogni altra iniziativa promossa dal Garante nell'ambito delle proprie funzioni. Ai relativi oneri si provvede, per l'esercizio finanziario 2019, mediante riduzione di pari importo delle disponibilità della Missione 20, Programma 3, Capitolo 215704 - accantonamento 1001.

² Art. 7 *Disposizioni in materia di trattamento pensionistico dei dipendenti regionali*. 1. Le disposizioni sul trattamento anticipato di pensione e di indennità di fine servizio comunque denominata previste dagli articoli 14 e 23, comma 1, del decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, per i lavoratori di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche ed integrazioni, si applicano ai dipendenti della Regione che ne fanno istanza

quelli di fine servizio) come quelli disciplinati dagli artt. 14 e 23 del decreto-legge n. 4 del 2019, che investono anche la platea dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e che hanno comportato per lo Stato ingenti oneri finanziari, ha ritenuto che la difesa della Regione - nonostante che l'art. 7 denunciato estenda detti interventi ai dipendenti della Regione con una clausola di invarianza finanziaria - si è limitata a deduzioni generiche e non concludenti quanto all'insussistenza di oneri a carico del bilancio regionale, *in toto* gravato (in via diretta o indiretta) dalla spesa per il trattamento di quiescenza e per l'indennità di fine servizio dei dipendenti della Regione.

Infatti, la Corte: a) sotto il profilo documentale, ha rilevato l'assenza di una relazione tecnica a corredo del disegno di legge in punto di quantificazione delle entrate e degli oneri recati da ciascuna disposizione, nonché delle relative coperture, in violazione dell'art. 17 della legge n. 196 del 2009; b) sotto quello sostanziale, ha ritenuto l'indimostrata sostenibilità del sistema pensionistico regionale, anch'esso espressione dell'art. 38 Cost., quale norma ispirata dal presupposto per cui detta sostenibilità (ossia l'equilibrio tra spesa previdenziale ed entrate a copertura della stessa) venga assicurata anzitutto all'interno dello stesso sistema, in ragione della contribuzione dei "lavoratori", essendo l'intervento statale ad "integrazione". A quest'ultimo riguardo, la Corte ha ritenuto a rischio la sostenibilità del sistema pensionistico regionale che, sulla base della normativa oggetto di scrutinio, vedrebbe aumentato il carico finanziario della spesa per i trattamenti di quiescenza (in ragione della più giovane età dei pensionati), carico che non sarebbe sostenuto, nel tempo, da adeguate risorse contributive in assenza di nuove assunzioni; donde, un disequilibrio finanziario il cui rimedio non potrebbe che essere - come, del resto, è nel sistema attuale gestito "a ripartizione" - l'assunzione dei relativi oneri a carico del bilancio regionale, che la norma denunciata non indica affatto.

2. Il profilo relativo all'art. 3

La pronuncia, come si è visto, nell'accogliere l'impugnativa proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri per violazione dell'art. 81, terzo comma, Cost., non sembra cogliere tutta l'ampiezza delle problematiche poste paradossalmente non tanto dalla norma caducata, bensì dalla sentenza stessa.

con un preavviso di almeno sei mesi. 2. I dipendenti di cui all'articolo 52, comma 5, della legge regionale 7 maggio 2015, n. 9 maturano i requisiti di pensione senza gli incrementi alla speranza di vita di cui all'articolo 12 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e conseguono il diritto alla decorrenza del trattamento pensionistico trascorsi tre mesi dalla data di maturazione dei medesimi requisiti. 3. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio della Regione.

Comunque, va senz'altro riconosciuto in via preliminare che la Corte mette subito a fuoco un principio di estremo rilievo (punto 3.1), ossia l'immediata applicazione del precetto costituzionale di copertura anche agli enti territoriali ad autonomia speciale, come implicitamente desumibile dallo stesso Statuto della Regione Siciliana. Saggiunge al riguardo la Corte (punto 3.2) che il precetto costituzionale in questione trova puntuale attuazione sia con l'art. 19 della legge di contabilità nazionale n. 196 del 2009 per il fatto di sottolineare la rilevanza della previa quantificazione dell'onere come presupposto $\dot{\iota}$ dell'assolvimento dell'obbligo di copertura, sia con i numerosi articoli del d.lgs. n. 118 del 2011 (artt. 36, 38, 39 e 48), a tenore dei quali, le leggi regionali che prevedono spese obbligatorie a carattere continuativo (e, tra queste, le spese «relative al pagamento di stipendi, assegni, pensioni ed altre spese fisse» di cui al comma 1, lettera a), del citato art. 48) debbono quantificarne l'onere annuale per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione, che deve avere «un orizzonte temporale almeno triennale» (artt. 36 e 39 citati).

Il problema consiste nel fatto, però, che la Corte, nel far presente, come prima riassunto, che, in violazione di tale ultima prescrizione del d.lgs. n. 118 citato, la norma di cui all'art. 3 limita al solo esercizio finanziario del 2019 l'autorizzazione di spesa per il funzionamento del neo-istituito Ufficio per il Garante, pur dotando detto Ufficio di personale, si limita sul punto a far rilevare che nel caso in esame «si tratta, quindi, di 'spese continuative obbligatorie', che richiedono, alla luce di quanto evidenziato, una quantificazione dell'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione: ciò che la Regione ha mancato appunto di adottare con il denunciato art. 3, in contrasto, pertanto, con l'art. 81, terzo comma, Cost.».

Con ciò la Corte, da un lato, finisce con il non considerare adeguatamente il dettato del comma 1 dell'art. 3 in questione, che non comporta – salva diversa dimostrazione che la Corte non adduce però - oneri di personale, e dall'altro non affronta l'unico problema finanziario posto dall'art. 3, ossia quello di cui al comma 2, che pone la copertura dell'onere di 45.000 euro per il solo 2019 a carico del bilancio. Per il primo aspetto (comma 1), la Corte, cioè, senza alcuna motivazione a giustificazione, nel collegare la norma a spese di personale, solleva il problema della copertura degli oneri pluriennali, quando invece la disposizione non solo non reca oneri pluriennali, ma non reca neanche oneri *tout court*, nel momento in cui fa riferimento alle dotazioni dell'organico in essere. Indubbiamente, il problema in questi casi è capire se il riferimento è all'organico di fatto ovvero a quello di diritto, laddove nel secondo caso emergerebbero dubbi sulla sostenibilità del riferimento, da parte del comma 1 dell'art. 3, all'ambito dell'organico in essere, ma nella sentenza non è dato riscontrare un approfondimento di codesto tipo.

La sentenza, dunque, con le proprie aporie, finisce con il porre indirettamente problemi metodologici, riferiti tanto all'*iter* da seguire nella valutazione delle

coperture finanziarie, quanto alla necessità di un inquadramento sistematico del tema della copertura degli oneri pluriennali a livello regionale, anche se la norma censurata non evidenzia in realtà profili di tal genere. Ciò fa ritenere opportune le considerazioni che seguono, che si riferiscono al primo problema (*iter* nella valutazione della copertura) con il par. 2.1 e al secondo problema (la copertura degli oneri pluriennali) con il par. 2.2.

2.1 L'obbligo di copertura: il metodo

Prima di procedere all'analisi delle questioni poste dalla pronuncia, appare utile, sia pur sinteticamente, ricordare che, ai fini della valutazione del rispetto dell'obbligo di copertura (art. 81, terzo comma, Cost.)³, occorre preliminarmente muovere dall'individuazione della morfologia giuridica dell'onere recato dalla norma (obbligatorio o flessibile; continuativo o occasionale), analizzarne poi la quantificazione (anche alla luce del corredo informativo recato dalla Relazione tecnica e da altre, eventuali note informative) ed infine valutare la congruenza della modalità di copertura cui faccia riferimento il legislatore; a tale propedeutica operazione ricostruttiva è destinato a seguire il giudizio circa la conformità o meno della norma di legge in relazione al precetto costituzionale.

Si tratta di un'operazione ermeneutica, in sé lineare nello sviluppo logico, ma molto complessa sul piano operativo, di ricostruzione dei vari risvolti del tema di cui alla copertura (tipologia dell'onere, sua quantificazione, modalità di compensazione), tenuto conto dell'elevato tasso di tecnicità finanziaria e contabile sotteso alla clausola di copertura delle leggi onerose; il che, come si vedrà, implica (o dovrebbe implicare) adeguati approfondimenti istruttori (v. *infra*).

2.2 Il problema della copertura degli oneri pluriennali

La sentenza presenta una prima aporia di fondo nel momento in cui accentua eccessivamente (in ben tre passaggi) il solo problema della quantificazione, ricordando infatti solo *en passant* la strumentalità di quest'ultimo rispetto a quello della copertura ed insistendo dunque sul punto della quantificazione riportata dalla legge impugnata per il solo 2019. La pronuncia pone poi il tema della copertura degli oneri pluriennali senza svolgere preliminarmente con la dovuta adeguatezza il relevantissimo tema di cui al combinato disposto tra gli artt. 38 del richiamato

³ *La finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. PIERONI (dicembre - 2011), in sito *web* della Corte cost., *Studi e ricerche, organizzazione dello Stato*; in dottrina, si veda, P. DE IOANNA, *Copertura delle leggi di spesa*, in *Dizionario di contabilità pubblica*, a cura di A. BARETTONI ARLERI, Milano, 1989.

d.lgs. 118 e l'art. 30, comma 6, della legge di contabilità nazionale⁴, ossia l'esatta quantificazione nel tempo dell'onere pluriennale nel gioco con la correlata copertura finanziaria, richiamando peraltro la sola triennalità del bilancio in vigore. Va sottolineato infatti a tal riguardo, in linea generale, che, in merito alla complicata questione della copertura degli oneri pluriennali, il primo problema da risolvere è quello legato alle modalità di individuazione nel tempo dell'onere stesso. Da questo punto di vista, soccorre per le Regioni il richiamato art. 38, comma 1, a norma del quale "le leggi regionali che prevedono spese a carattere continuativo quantificano l'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione e indicano l'onere a regime ovvero, nel caso in cui non si tratti di spese obbligatorie, possono rinviare le quantificazioni dell'onere annuo alla legge di bilancio". Il problema va risolto tenendo conto di un presupposto, però, ossia che la copertura venga comunque prevista nella legge istitutiva dell'onere, non nelle varie leggi di bilancio (v., Corte cost., sent. n. 244⁵), a meno che non si tratti di oneri non obbligatori, i quali appunto non creano un obbligo per i bilanci a stanziare risorse.

⁴ "Le leggi di spesa a carattere permanente quantificano l'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio pluriennale. Esse indicano inoltre l'onere a regime ovvero, nel caso in cui non si tratti di spese obbligatorie, possono rinviare le quantificazioni dell'onere annuo alla legge di bilancio, ai sensi dell'articolo 23, comma 3, lettera b). Nel caso in cui l'onere a regime è superiore a quello indicato per il terzo anno del triennio di riferimento, la copertura segue il profilo temporale dell'onere".

⁵ E' tale l'approdo ricostruttivo di maggior significato della citata sentenza n. 244/2020, laddove la Corte costituzionale, ha risolto in senso negativo il dubbio di legittimità costituzionale di una legge regionale, sollevato dalla Corte dei conti in occasione dell'esame del rendiconto generale della Regione, che faceva impiego di mezzi di bilancio a copertura di nuovi oneri evidenziando che la legge oggetto di scrutinio riguardava "una spesa molto risalente nel tempo e in via di estinzione", per modo che la "modalità 'procedurale' di copertura finanziaria della spesa" allora prevista era da ritenersi "coerente con quanto stabilito dal legislatore statale (nella legge n. 335 del 1977) al momento della loro adozione e che questa Corte ha riconosciuto, nella sentenza n. 26 del 2013, conforme al precetto costituzionale"; e tuttavia, la Corte costituzionale ha voluto rimarcare che le norme statali di attuazione del medesimo costituzionale di copertura, quali sono da considerare gli artt. 30 della legge n. 196 del 2009 e 38 del d.lgs. n. 118 del 2011, che si sono ora sostituite a quelle allora vigenti, hanno "individuato modalità procedurali più penetranti di garanzia del precetto costituzionale, il cui rispetto, tuttavia, - ha concluso per il caso esaminato - non può costituire parametro di valutazione della legittimità della copertura finanziaria di una spesa molto risalente nel tempo e in via di estinzione". Dal che chiaramente discende, in base al mutato ordinamento contabile, il non più consentito utilizzo, a copertura di nuovi oneri anche se continuativi e ricorrenti, dei mezzi di bilancio.

Ciò va ribadito perché un equivoco costante in cui si è ricaduti soprattutto a livello di spesa regionale è che i due profili coincidano, ossia che l'esatta (in ipotesi) quantificazione dell'onere per i vari esercizi implichi che esso non debba essere tutto coperto, esercizio per esercizio, dalla relativa legge istitutiva, ma possa essere compensato nei vari esercizi mediante il rinvio alle varie leggi di bilancio annuali e triennali, nel momento in cui esse procedano alla periodica quantificazione dell'onere, il che è legittimo solo se l'onere è discrezionale. Per i motivi accennati, ancora una volta viene in rilievo il perno su cui si basa la contabilità pubblica, ossia il rapporto tra legge e bilancio.

Ciò posto, va riaffermato che le due norme di contabilità statale (art. 30, comma 6, della legge n.196 del 2009) e regionale (art. 38 del d.lgs. n. 118 del 2011) prima richiamate - una volta definitivamente chiarito che la copertura, quale che sia la quantificazione nel corso del tempo, è da porre a carico della legge istitutiva dell'onere medesimo e non dei mezzi di bilancio già destinati ad altre finalità in base ai rispettivi titoli sottostanti, se non si tratti di onere discrezionale - evidenziano il problema dell'esatta individuazione della natura dell'onere, se continuativo. Va individuato, in altre parole, se si tratta di un onere obbligatorio oppure flessibile, laddove per il primo è la legge sostanziale che lo istituisce a dover indicare il *quantum* anno per anno ovvero l'onere a regime, fermo rimanendo che la copertura deve essere prevista, anno per anno, dalla medesima legge istitutiva, non potendosi infatti far riferimento alle leggi di bilancio. Ciò in quanto solo se l'onere non è obbligatorio, la compensazione può avvenire a carico dei bilanci dei vari anni, in quanto questi ultimi non sono vincolati dal titolo sottostante (legge sostanziale istitutiva dell'onere medesimo) ad indicare un *quantum* per il singolo esercizio, non trattandosi appunto di un obbligo tenuto conto della natura discrezionale della prestazione così come prevista dalla legge istitutiva.

Tutto ciò merita di essere sottolineato con forza perché, come già accennato, nella prassi si è inteso molto spesso il riferimento al rinvio ai bilanci dei vari anni come una modalità consentita di assolvimento dell'obbligo di copertura, anche se si tratta di oneri obbligatori e continuativi, con ciò collocandosi però al di fuori dell'art. 81, terzo comma, Cost. Si tratta, come si può notare, di un intricato sovrapporsi di un duplice problema: le modalità con cui si individua anno per anno un onere pluriennale e quella con cui si regola la relativa copertura, che dipende a sua volta dalla natura dell'onere medesimo, nel senso che, in caso di obbligatorietà, vi deve provvedere *ex ante* la legge istitutiva, mentre, in caso di discrezionalità, vi può provvedere, nell'ambito di risorse finanziarie eventualmente disponibili, il bilancio dei singoli anni, nel rispetto dei vincoli in essere in termini di equilibrio. Su tali temi, dal peso cruciale, la giurisprudenza della Corte in generale e, in particolare, la sentenza in esame non fanno la dovuta chiarezza.

2.3 La copertura di nuovi o maggiori oneri con i mezzi di bilancio

Sui temi posti dall'art. 3, la sentenza della Corte, pur ponendo, sia pur erroneamente, il tema, non risulta quindi tale da evitare di alimentare l'equivoco della legittimità di una copertura a bilancio di oneri pluriennali, nel momento in cui si limita a sottolineare che la Regione ha mancato di effettuare, con il denunciato art. 3, la quantificazione dell'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione, di cui viene denunciata infatti la limitazione al solo esercizio 2019. La pronuncia non inquadra inoltre con chiarezza il profilo anche metodologico della distribuzione dell'onere per esercizio come indissolubilmente intrecciato con quello della copertura nella stessa legge istitutiva dell'onere per ogni singolo esercizio (se non si tratti di onere flessibile), come si verificherebbe nella fattispecie esaminata, secondo la Corte.

Tra l'altro, come prima riportato, la pronuncia omette di aggredire il vero problema legato alla correttezza della compensazione, sia pure per un onere di importo dall'entità molto esigua, dal momento che la norma impugnata prevede la copertura con il bilancio.

In altre parole, ciò che non risulta esplicitato a sufficienza nella sentenza è che, quand'anche la legge avesse indicato l'onere anno per anno oppure a regime, come prevedono le normative contabili nazionale e regionale, assolvendosi così in maniera ottimale agli obblighi contabili all'uopo contemplati, l'eventuale copertura di un onere pur solo annuale a valere su mezzi di bilancio, in quanto per definizione già destinati ad altro, l'avrebbe comunque resa illegittima per violazione dell'art. 81, terzo comma, Cost., sicché l'eventuale, mancata indicazione dell'onere anno per anno avrebbe costituito un motivo "aggiunto" di illegittimità, tale da affiancarsi a quello "principale" della copertura direttamente su mezzi di bilancio⁶.

⁶ Sarebbe stato tra l'altro da mettere in luce un'ulteriore questione, che qui non è il caso di affrontare, in linea con la sentenza, del resto, e che in parte costituisce una questione di interpretazione del rapporto che passa tra le due normative contabili in argomento. Il richiamato art. 38 del d.lgs. 118 ricalca, infatti, *in toto* il ripetuto art. 30, comma 6, della legge nazionale n.196 del 2009, ma non risulta del tutto armonizzato con quest'ultimo nella misura in cui omette di statuire che "nel caso in cui l'onere a regime è superiore a quello indicato per il terzo anno del triennio di riferimento, la copertura segue il profilo temporale dell'onere", come recita l'ultimo periodo della norma statale. Nella ricostruzione operata dalla Corte costituzionale, proprio nello spirito dell'armonizzazione contabile (materia di competenza esclusiva dello Stato), sembra tuttavia potersi ritenere che le due citate disposizioni possano essere intese in combinato disposto, nel senso cioè che la norma più completa (art. 30, comma 6) integri quella riferita alla legislazione regionale (art. 38), con la conseguenza che anche il legislatore regionale dovrà garantire la copertura "inseguendo" nel tempo l'onere di spesa nel suo più cospicuo manifestarsi.

Fattispecie, questa, in contrasto con lo spirito della disposizione costituzionale richiamata, nonché delle varie normative vigenti che vanno a comporre il mosaico di cui all'ordinamento contabile. Tutto questo sul piano dei principi.

Nel merito dell'art. 3, comma 1, della legge regionale in questione, facendo essa riferimento all'ambito delle dotazioni organiche in essere, trova dunque conferma in tal modo che vengono esclusi oneri di personale e quindi non trova fondamento l'affermazione della sentenza di cui al punto 3.2, terzo capoverso, secondo cui "la norma impugnata, dunque, viene ad autorizzare spese che comprendono (anche e soprattutto) quelle per il personale in dotazione dell'Ufficio e, dunque, le spese per gli 'stipendi', nonché, comunque e necessariamente, ulteriori 'spese fisse' per il funzionamento dell'Ufficio medesimo e per le iniziative assunte dal Garante coerentemente alle funzioni assegnategli. Si tratta, quindi, di 'spese continuative obbligatorie', che richiedono, alla luce di quanto evidenziato, una quantificazione dell'onere annuale previsto per ciascuno degli esercizi compresi nel bilancio di previsione: ciò che la Regione ha mancato appunto di adottare con il denunciato art. 3, in contrasto, con l'art. 81, terzo comma, Cost."

Come già evidenziato, l'unico problema di copertura che la norma impugnata pone, invece, è la copertura a bilancio di cui al comma 2, per effetto della compensazione di un onere operata nell'ambito delle disponibilità di bilancio (della Missione 20, Programma 3, Capitolo 215704 - accantonamento 1001); sicché, esclusi dunque nuovi o maggiori oneri di personale in base al dettato della norma (comma 1), la questione si sarebbe potuta circoscrivere all'illegittimità della copertura sul bilancio (di cui al comma 2⁷) del predetto onere di 45.000 euro, in contrasto, quindi, con l'evocata disposizione costituzionale.

2.4 I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi

Il modo di affrontare i problemi quale si evince dalla sentenza in esame, avuto riguardo al tema cruciale della necessità di comprendere preliminarmente la natura di un onere per affrontare i successivi temi dell'esatta quantificazione e poi della relativa e corretta copertura, offre l'opportunità di cogliere un'altra questione metodologica.

Come evidenziato dalla dottrina, posto che compito del giudice costituzionale è quello di porre a raffronto due norme quella costituzionale e quella ordinaria, che costituiscono la premessa maggiore e quella minore del sillogismo, non può

⁷ "Per le finalità del presente articolo è autorizzata, per l'esercizio finanziario 2019, la spesa di 45 migliaia di euro per il funzionamento dell'Ufficio e per ogni altra iniziativa promossa dal Garante nell'ambito delle proprie funzioni. Ai relativi oneri si provvede, per l'esercizio finanziario 2019, mediante riduzione di pari importo delle disponibilità della Missione 20, Programma 3, Capitolo 215704 - accantonamento 1001".

escludersi, specie nelle materie più tecniche (quali, ad esempio, quelle riguardanti la materia della contabilità pubblica), una consistente incidenza del “fatto” nel giudizio sulle leggi⁸.

Al riguardo, sono state distinte⁹ quattro diverse ipotesi di incidenza del “fatto” nel giudizio costituzionale: a) l’influenza del fatto sulla struttura della norma parametro (es. nel caso del giudizio di eguaglianza o di ragionevolezza), b) l’influenza del fatto sulla struttura della norma oggetto (es. nel caso di leggi a basso grado di generalità), c) l’incidenza del fatto sul tipo di vizio denunciato (es. nel caso dell’eccesso di potere legislativo), d) l’incidenza del fatto sul tipo di decisione della Corte (es. nel caso delle decisioni interpretative).

Per la questione all’esame, viene in gioco l’ipotesi sub b), laddove la norma prevede (art. 3, comma 1, ultimo periodo, della l.r. Siciliana n. 14/2019), nell’ambito della struttura organizzativa della Regione Siciliana, l’istituzione di un nuovo Ufficio, asseritamente, senza oneri, in quanto per le spese di personale non si procederebbe a nuove assunzioni, potendosi ricorrere alle disponibilità già sussistenti “nell’ambito delle attuali dotazioni organiche”.

Ebbene, appare evidente che, nel caso all’esame, una più approfondita indagine sul “fatto” (sussistenza di adeguate disponibilità di personale nell’ambito dell’organico regionale in essere), attraverso il ricorso ad un’ordinanza istruttoria¹⁰, avrebbe meglio potuto illuminare la struttura della norma oggetto di scrutinio, così chiarendo “l’esatta consistenza di uno dei termini della questione”¹¹; tanto più, allo scopo di valutare l’effettiva necessità di una norma di copertura oppure (nell’affermativa) la sua corretta previsione in relazione all’onere da coprire, la cui caratteristica strutturale (configurandosi quale coppia onere/copertura) si sostanzia in

⁸ Sui poteri istruttori della Corte, cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; si vedano, anche, V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2019, p. 395; G. RAGONE, *L’attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative Riflessioni a margine della sentenza costituzionale*, in *AIC n. 197 del 2019*, Fasc. 1/2020; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, pp. 1335 ss.

⁹ M. AINIS, *La motivazione in fatto della sentenza costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994; A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 1497 ss.

¹⁰ Cfr. Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, artt. 12 ss.

¹¹ A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, p. 324 ss. Cfr., da ultimo, in tema di esercizio dei poteri istruttori proprie della Corte, l’ordinanza n. 79/2021 nonché l’ordinanza allegata alla sentenza n. 197/2019.

un'attenuazione tra il disporre (in astratto) e il provvedere (in concreto), tratto tipico della norma provvedimento.

Una maggiore comprensione del fatto avrebbe, in effetti, consentito una più esatta delimitazione del *thema decidendum* e, in conseguenza, una più convincente decisione costituzionale.

Invero, la rilevanza del “fatto” nell'ambito dello scrutinio di legittimità costituzionale della norma di copertura, connotata, come si è visto, dalla coppia onere/copertura, risulta attestata dal rilievo che assume, anche nella giurisprudenza costituzionale la cd. Relazione tecnica¹², che offre gli elementi informativi utili a

¹² Valore centrale, ai fini della valutazione della copertura finanziaria delle leggi di spesa, assumono il documento costituito dalla Relazione tecnica (art. 17, comma 3, l. n. 196/2009) oltre che le Note integrative al bilancio di previsione (art. 21, comma 11, lett. a), l. n. 196/2009) e al relativo rendiconto (artt. 23, comma 2, e 35, comma 2, l. n. 196/2009), documenti necessari a garantire la massima trasparenza possibile nelle scelte contabili. In relazione anche alla possibile entrata a regime del nuovo assetto della legge di contabilità (per esempio, per quanto concerne la nuova unità elementare costituita dall'azione), l'apparato documentativo a corredo dei documenti di bilancio - ed in particolare le Note integrative - deve fornire elementi di dettaglio ai fini della ricostruibilità delle determinanti almeno del singolo programma, sì da consentire un livello di informazione in grado di rendere giudicabile se - tra l'altro - la singola clausola di neutralità, almeno in riferimento allo Stato, sia attendibile o meno.

Nell'analisi della Corte dei conti (Corte conti, Sez. Riun. delib. n. 3/SSRRCO/RQ/21, *Relazione quadrimestrale sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri, leggi pubblicate nel quadrimestre settembre - dicembre 2020*, in particolare, allegati 5) Relazioni quadrimestrali anni 2012-2020. Sintesi dei profili metodologici; 6) Repertorio delle pronunce della Corte costituzionale citate dalla Corte dei conti nelle Relazioni quadrimestrali 2012-2020), viene rimarcata l'esigenza di migliorare sensibilmente il corredo informativo delle Relazioni tecniche, non solo per i meri aspetti quantitativi, pur essenziali, ma anche ai fini dell'intelligibilità della reale portata normativa *in primis* (finanziaria) del singolo testo rispetto all'ordinamento in vigore. Invero, tale esigenza vale soprattutto per le normative di revisione di settore, ai fini dell'individuazione dell'onerosità o meno degli interventi, poiché, a tale riguardo, è essenziale la chiara comprensione degli aspetti effettivamente innovativi o meramente ripropositivi (ovvero ricognitivi), rispetto alla legislazione previgente. Difatti, si continua a verificare il fenomeno di Relazioni tecniche che non sempre consentono una ricostruzione delle quantificazioni degli oneri riportati, limitandosi, esse, il più delle volte, a fornire elementi di sintesi ovvero insufficienti ai fini della piena comprensione del percorso che ha portato alla quantificazione dell'onere stimato. Le cause del fenomeno sono molteplici e vanno dalla scarsa collaborazione da parte delle amministrazioni interessate ai tempi brevi in cui matura la decisione legislativa, specialmente in riferimento all'approvazione di emendamenti, in ordine ai quali le

descrivere, attraverso elementi di dettaglio di carattere contabile e finanziario, il rispetto dell'obbligo di copertura previsto dalla norma. È noto, altresì, che nell'esperienza applicativa delle norme richiamate in nota, il corredo informativo della Reazione tecnica permane, insoddisfacente; sicché, *a fortiori*, in sede di scrutinio della norma di copertura appare fisiologica l'esigenza di approfondimenti istruttori come rivela tanto l'attività di controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti di variazione di bilancio (art. 3, comma 1, lett. h, l. n. 20/1994), quanto l'interlocuzione con gli Uffici di ragioneria delle amministrazioni controllate in sede di stesura delle Relazioni sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri previsti dalle leggi dello Stato e delle Regioni (artt. 17, comma 9, l. n. 196/2009 e art. 1, comma 2, d.l. n. 174/2012, conv., con mod., dalla l. n. 213/2012).

amministrazioni competenti spesso si trovano in condizioni non idonee per una ponderata valutazione dei corrispondenti effetti.

Cfr., già citata Corte conti, Sez. Riun. delib. n. 3/SSRRCO/RQ/21, *Relazione quadrimestrale sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri, leggi pubblicate nel quadrimestre settembre – dicembre 2020*, in particolare, allegato 6) Repertorio delle pronunce della Corte costituzionale citate dalla Corte dei conti nelle Relazioni quadrimestrali 2012–2020). In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che: - per l'effettuazione dello scrutinio di legittimità costituzionale è necessario disporre di tutti gli elementi informativi richiesti dalla legge, primo fra tutti, la "relazione tecnica" (sentenza n. 26 del 2013); - anche il legislatore regionale è chiamato al rispetto dell'obbligo (art. 17, in quanto richiamato dall'articolo 19 della legge n. 196 del 2009) di redigere una relazione tecnica giustificativa degli stanziamenti di bilancio ed illustrativa delle modalità dinamiche attraverso le quali qualsiasi sopravvenienza possa essere gestita in ossequio al principio dell'equilibrio del bilancio (sentenza n. 26 del 2013 che, in sostanza costituisce una conferma della sentenza n. 313 del 1994); - in caso di provvedimento di legge di riassetto organizzativo, assumono decisiva importanza gli elementi informativi rimessi all'elaborazione di accurate relazioni tecniche (art. 17, legge n. 196 del 2009), anche allo scopo di consentire, sia pure sul piano della ragionevolezza, di valutare il sostanziale rispetto dei "criteri di invarianza" posti dal legislatore a garanzia della tenuta degli equilibri di finanza pubblica, poiché in difetto regole di tal fatta, in considerazione della loro sostanziale genericità, finiscono con l'atteggiarsi a mere clausole di stile (sentenza n. 132 del 2014); - il principio di copertura, ha natura di precetto sostanziale, cosicché ogni disposizione, che comporta conseguenze finanziarie di carattere positivo o negativo deve essere corredata da un'apposita istruttoria e successiva allegazione degli effetti previsti e della relativa compatibilità con le risorse a disposizione - nel caso di norme a regime, come quello di specie, dette operazioni devono essere riferite sia all'esercizio di competenza che a quelli successivi in cui le norme esplicheranno effetti (sentenza n. 224 del 2014).

3. Il profilo relativo all'art. 7

In merito poi all'art. 7 della legge regionale citata¹³, la Corte, considerati gli incisivi interventi verificatisi nel settore previdenziale (sui trattamenti di pensione e su quelli di fine servizio), come quelli disciplinati dagli artt. 14 e 23 del d.l. n. 4 del 2019, che investono anche la platea dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e che hanno comportato per lo Stato ingenti oneri finanziari, ha ritenuto – come già prima riassunto - che la difesa della Regione - nonostante che l'art. 7 denunciato estenda detti interventi ai dipendenti della Regione con una clausola di invarianza finanziaria - si sarebbe limitata a deduzioni generiche e non concludenti quanto all'insussistenza di oneri a carico del bilancio regionale, *in toto* gravato (in via diretta o indiretta) dalla spesa per il trattamento di quiescenza e per l'indennità di fine servizio dei dipendenti della Regione.

Infatti, come già prima riportato, la Corte: a) sotto il profilo documentale, ha rilevato l'assenza di una relazione tecnica a corredo del disegno di legge in punto di quantificazione delle entrate e degli oneri recati da ciascuna disposizione, nonché delle relative coperture, in violazione dell'art. 17 della legge n. 196 del 2009; b) sotto quello sostanziale, ha ritenuto l'indimostrata sostenibilità del sistema pensionistico regionale, anch'esso espressione dell'art. 38 Cost., quale norma ispirata dal presupposto per cui detta sostenibilità (ossia l'equilibrio tra spesa previdenziale ed entrate a copertura della stessa) venga assicurata anzitutto all'interno dello stesso sistema, in ragione della contribuzione dei "lavoratori", essendo l'intervento statale ad "integrazione". A quest'ultimo riguardo, la Corte, senza una diversa dimostrazione in contrario, ha ritenuto a rischio la sostenibilità del sistema pensionistico regionale che, sulla base della normativa oggetto di scrutinio, vedrebbe, da un lato, aumentato il carico finanziario della spesa per i trattamenti di quiescenza (in ragione della più giovane età dei pensionati) e, dall'altro, non sarebbe sostenuto, nel tempo, da adeguate risorse contributive in assenza di nuove assunzioni;

¹³ In particolare: a) il comma 1 estende ai dipendenti della Regione l'applicazione degli istituti del trattamento anticipato di pensione e del finanziamento dell'indennità di fine servizio previsti, rispettivamente, dagli artt. 14 e 23, comma 1, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2019, n. 26; b) il comma 2 dello stesso art. 7 individua, per una certa categoria di dipendenti regionali - quelli di cui all'art. 52, comma 5, della legge della Regione Siciliana 7 maggio 2015, n. 9 -, requisiti e modalità del trattamento pensionistico, escludendo, dai primi, gli incrementi alla speranza di vita di cui all'art. 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, e stabilendo, quanto alle seconde, la decorrenza del trattamento di quiescenza trascorsi tre mesi dalla data di maturazione dei requisiti pensionistici; c) infine, il comma 3 dispone che dalla sua attuazione «non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio della Regione».

donde, un disequilibrio finanziario il cui rimedio non potrebbe che essere – come, del resto, è nel sistema attuale gestito “a ripartizione” – l’assunzione dei relativi oneri a carico del bilancio regionale, che la norma denunciata non indica affatto.

Nel merito, la sentenza richiama, anzitutto, la pregressa giurisprudenza della Corte ed in particolare la pronuncia n. 227 del 2019, in tema di copertura finanziaria delle spese, ricordando che in base a tale ultima pronuncia una legge “complessa” dovrebbe «essere corredata, quantomeno, da un quadro degli interventi integrati finanziabili, dall’indicazione delle risorse effettivamente disponibili a legislazione vigente, da studi di fattibilità di natura tecnica e finanziaria e dall’articolazione delle singole coperture finanziarie, tenendo conto del costo ipotizzato degli interventi finanziabili e delle risorse già disponibili».

3.1 Qualche osservazione preliminare in merito alla richiamata pronuncia n. 227 del 2019

Ora, prima di proseguire nell’esame della sentenza n. 235 in merito all’art. 7 dell’impugnata legge della Regione Siciliana, sia permesso osservare, in merito alla testé richiamata pronuncia n. 227, che sono indubbiamente condivisibili alcuni parametri in essa evocati ai fini di una copertura finanziaria che risponda ai criteri di legittimità¹⁴, ma che altri di detti parametri meritano però qualche considerazione meno positiva. Il riferimento è agli studi di fattibilità di natura tecnica e finanziaria nonché, ancor prima, all’indicazione delle risorse effettivamente disponibili a legislazione vigente.

Tali ultimi due criteri sembrano in effetti del tutto inconferenti rispetto al problema da risolvere, ossia come garantire una copertura finanziaria soddisfacente e dunque legittima. Infatti, quanto al criterio di cui allo studio di fattibilità, trattasi di una problematica che non afferisce al vincolo meramente quantitativo di cui alla copertura finanziaria, che richiede solo il perfetto parallelismo quantitativo, qualitativo (nel senso di non utilizzare risorse di parte capitale per finanziare oneri correnti) e temporale (nel senso di prevedere un profilo di copertura nel tempo allineato a quello dell’onere) tra interventi e risorse. Non riguarda dunque, questo vincolo, la maggiore o minore fattibilità tecnica e finanziaria della singola norma onerosa, afferendo, tale presupposto, ad una problematica che si riverbera in un altro documento che il Governo deve allegare alle proprie proposte, ossia l’AIR (analisi di impatto della regolazione), oppure, più in generale, ad altre esigenze che

¹⁴ Corte cost., sent. n. 227/2019, punto 2 del *diritto* “Come questa Corte ha più volte sottolineato, «la copertura finanziaria delle spese deve indefettibilmente avere un fondamento giuridico, dal momento che, diversamente opinando, sarebbe sufficiente inserire qualsiasi numero [nel bilancio] per realizzare nuove e maggiori spese» (sentenza n. 197 del 2019).”.

poco o nulla hanno a che vedere con l'obbligo di copertura. Sicché, una norma in ipotesi di difficile applicazione, ma pur tuttavia formalmente onerosa, non può sfuggire all'indicazione della propria copertura finanziaria solo in quanto in teoria scarsamente attuabile. Trattasi, con tutta evidenza, di piani di ragionamento non assimilabili, anche perché tali da involgere una serie di altre considerazioni, come soprattutto la valenza del binomio onere-copertura dal punto di vista della dicotomia competenza-cassa, il che dischiude ad una serie di considerazioni completamente diverse rispetto al semplice obbligo di compensazione di un onere di cui alla chiara previsione dell'art. 81, terzo comma, Cost., che pone solo un vincolo quantitativo in termini di dover essere (competenza) da parte della legge nei confronti dell'amministrazione chiamata a darvi attuazione (si prescinde qui dalla problematica relativa alle conseguenze, nei rapporti competenza-cassa, derivanti dal nuovo sistema della cd. "competenza potenziata").

Più insidioso è l'altro riferimento prima citato di cui alla pregressa sentenza n. 227 del 2019, richiamata dalla pronuncia n. 235 qui in discorso, ossia la necessità di tener conto delle risorse disponibili. Si tratta infatti di una chiamata in causa di un parametro che ancora una volta può ingenerare il sospetto della legittimità di una copertura a valere su mezzi di bilancio, in quanto tali già in essere e disponibili. In verità, l'obbligo costituzionale di copertura intende proprio evitare tale ipotesi, consistendo esso, per indiscussa dottrina ed orientamento, proprio nel gravame da imporre in capo a chi proponga un onere nel senso di non dover peggiorare l'equilibrio di bilancio a legislazione vigente attraverso, appunto, il fatto di prevedere nuove o maggiori risorse per far fronte al nuovo o maggiore onere. L'essenza dell'obbligo di copertura sta dunque proprio nell'evitare che si possa attingere, per i nuovi o maggiori oneri, a risorse in essere e dunque iscritte in bilancio, che non vanno pertanto in alcun modo richiamate in quanto disponibili, ai fini della verifica del carattere soddisfacente o meno della copertura, che è ciò che fa però la sentenza n. 227 qui considerata.

Da questo punto di vista, il duplice riferimento in tale pronuncia a quest'ipotesi appare dunque del tutto inconferente ed anzi rischia di ingenerare un'interpretazione dell'obbligo di copertura nel senso dell'utilizzabilità di risorse già previste in bilancio. A commento del precedente art. 3 si è già accennato alla necessità di dipanare l'equivoco, alimentato soprattutto dalla prassi osservata a livello regionale, di considerare il bilancio come sede di copertura, necessità (in termini di trasparenza e chiarezza) cui la sentenza non fa certo fronte.

3.2 Il merito di cui all'art. 7

Superata questa pur doverosa digressione e riprendendo l'esame della pronuncia n. 235 relativamente all'art. 7 della legge impugnata, la Corte rileva l'insufficienza del percorso logico seguito dalla Regione Siciliana nel momento in cui quest'ultima

avrebbe presentato argomentazioni generiche e prive di riscontro in merito all'asserita neutralità finanziaria della disposizione, che, secondo tale ente, potrebbe anzi comportare un risparmio di spesa nel momento in cui, in assenza di assunzioni, esso comporti la sostituzione di erogazioni stipendiali (più alte) con erogazioni pensionistiche (più basse). La sentenza dichiara "non concludente" tale argomento, "in quanto la sostenibilità del sistema pensionistico regionale – anch'esso espressione dell'art. 38 Cost., quale norma ispirata dal presupposto per cui detta sostenibilità (ossia l'equilibrio tra spesa previdenziale ed entrate a copertura della stessa) venga assicurata anzitutto all'interno dello stesso sistema, in ragione della contribuzione dei "lavoratori", essendo l'intervento statale ad "integrazione" – vedrebbe, da un lato, aumentato il carico finanziario della spesa per i trattamenti di quiescenza (in ragione della più giovane età dei pensionati) e, dall'altro, non sarebbe sostenuto, nel tempo, da adeguate risorse contributive in assenza di nuove assunzioni".

La conclusione della sentenza sul punto consiste dunque nella sottolineatura della conseguenza derivante dalla norma in termini di "un disequilibrio finanziario il cui rimedio non potrebbe che essere – come, del resto, è nel sistema attuale gestito "a ripartizione" – l'assunzione dei relativi oneri a carico del bilancio regionale, che la norma denunciata non indica affatto" (cfr. punto 4.7, ultimo capoverso).

Si rileva al riguardo, in primo luogo, come la Corte non abbia sottolineato l'esigenza di evitare questo effetto di accollo degli accresciuti oneri sul sistema pensionistico con l'unico rimedio possibile, ossia sottoponendo ad un pedissequo obbligo di copertura finanziaria la misura di cui all'art. 7 (con le modalità tipiche declinate dall'art. 17, comma 1, della legge n. 196/2009). Concetto, questo, forse implicito nella pronuncia, ma che ciò nondimeno avrebbe meritato (come per il precedente art. 3, del resto), proprio per la sua centralità, una sottolineatura particolare, a mo' di chiusura dello svolgimento logico delle ragioni alla base dell'accoglimento della doglianza sollevata dal Presidente del Consiglio. Del resto, sarebbe stato sufficiente ricordare che il richiamato decreto-legge n. 4 del 2019 recava, per le misure similari di cui all'art. 7 della legge della Regione Siciliana impugnata, una cospicua quantificazione di oneri e una copertura finanziaria mediante riduzione di fondi, in un contesto generale di rigida programmazione delle assunzioni, i cui effetti risultavano già inseriti nei saldi in essere.

Anche il rilievo, contenuto sempre nella sentenza n. 235, circa la genericità e l'assenza di riscontro in merito alla posizione della Regione avrebbe richiesto un ulteriore approfondimento, fermandosi, la pronuncia, ad un giudizio non argomentato. La Corte avrebbe dovuto infatti sgretolare in maniera convincente l'assunto di fondo della Regione, secondo cui il combinato disposto tra maggiore spesa previdenziale ed effetti del divieto di assunzione comporta una riduzione netta della spesa regionale complessivamente considerata. Isolando invece il sistema pensionistico e censurando l'art. 7 per il fatto che il divieto di assunzioni impedisce

l'ancorché parziale copertura (con i contributi) dei maggiori oneri pensionistici, la sentenza finisce con il presentare (o con l'avallare) un argomento che prova troppo.

Infatti, si vengono ad inquadrare in tal modo le assunzioni tra le fonti di copertura del sistema previdenziale e non come costo netto del pubblico erario, il che significa che, ragionando *a contrariis*, la rimozione del divieto di assunzione avrebbe potuto fornire la copertura. Il che non appare chiaramente sostenibile, atteso il costo delle retribuzioni degli assunti e la mancata capacità, da parte dei contributi da corrispondere per tali assunti, di pareggiare il nuovo onere pensionistico. Ciò che è censurabile, dunque, nelle argomentazioni della Corte, è il fatto di ipotizzare un sistema di copertura “a perfetta tenuta” del sistema pensionistico a ripartizione, che vedrebbe compensati gli oneri pensionistici con i contributi versati dai datori di lavoro dei nuovi assunti: ciò senza considerare dunque il costo delle retribuzioni di questi ultimi ed il fatto che i nuovi contributi non garantiscono, certo, l'integrale copertura del maggior onere pensionistico.

Tutto questo conferma la tendenza che vede la giurisprudenza costituzionale non entrare se non raramente nel merito delle argomentazioni delle parti. Oltre tutto, manca nella sentenza un esame di una questione metodologica preliminare, ossia se i problemi finanziari debbano essere inquadrati per singolo settore (per es., pubblico impiego, previdenza) ovvero nel complesso dei conti dell'ente di riferimento, laddove la risposta al quesito si indirizza ovviamente verso la seconda ipotesi.

4. L'obbligo di copertura: principio o clausola generale?

Il tema della copertura definito dall'art. 81, terzo comma, Cost., di cui alla sentenza in esame, esige un'ulteriore precisazione, poiché la Corte costituzionale ne ha più volte affermato la qualificazione di “clausola generale in grado di colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile” (*ex multis*, sentt. n. 244/2020, n. 227/2019; n. 274/2017; n. 184/2016; n. 192/2012).

L'accostamento della clausola generale all'obbligo di copertura sembra, invero, doversi intendere in senso atecnico; difatti, la tecnica normativa propria della clausola generale non sembra attagliarsi all'obbligo di copertura, configurandosi quest'ultimo quale principio piuttosto che come clausola generale¹⁵; è noto, infatti,

¹⁵ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2017; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, Milano 1987. Secondo quest'ultimo autore, le clausole generali si distinguono dai principi perché “con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento” per modo che “le clausole generali non sono principi, anzi sono destinati ad operare nell'ambito segnato dai principi”.

che la clausola generale costituisca una sorta di “valvola di sicurezza”, utile a superare i rigidi confini dell’ordinamento positivo, caratterizzata per sua natura da indeterminatezza semantica¹⁶ che esige un’integrazione valutativa affidata all’interprete (*rectius*, al giudice) creatore della regola del caso concreto allo scopo di assicurare la migliore composizione degli interessi in gioco. Appare dunque evidente che il principio di copertura non può che sottostare a regole compiute, definite secondo il parametro costituzionale dal legislatore positivo, a garanzia dell’oggettiva controllabilità della sua osservanza, il che è connaturato al sistema democratico e costituzionale su cui si fonda lo Stato di diritto.

Diversamente opinando, in caso di definizione di una questione di copertura, la parola finale verrebbe affidata alla discrezionale valutazione del giudice costituzionale, che diverrebbe, del tutto impropriamente, in luogo del legislatore, creatore della norma di copertura del caso concreto.

5. Una breve riflessione sui recenti sviluppi della dottrina in tema di copertura

La sentenza, comunque, nell’affrontare il tema della copertura finanziaria, sia pur con le descritte e non marginali aporie prima descritte, offre l’occasione, incidentalmente, per fare il punto sul più recente dibattito in merito.

Sostiene dunque una parte della dottrina più aggiornata, in larga e del tutto acritica adesione al percorso compiuto su queste materie nell’ultimo decennio dalla Corte costituzionale, che negare impatti innovativi alla l. cost. n. 1/2012 e ritenere che “la riforma si sia limitata a codificare i precetti dell’equilibrio di bilancio e della copertura così come erano stati costruiti e delineati nella giurisprudenza più risalente e nel connesso dibattito dottrinale”¹⁷, rappresenterebbe una tesi che “si pone in contrasto con basilari principi di interpretazione dei sistemi di diritto positivo e con i fondamenti dello Stato costituzionale. In base ai primi, l’interprete non può non assecondare lo svolgimento dell’ordinamento, disperdendo l’anelito alla ‘innovazione’ che è insito nelle fonti del diritto, senza fare un’operazione di rimozione che si pone in contrasto con una igienica separazione tra esegesi e nomopoiesi. In secondo luogo, in uno Stato costituzionale, non esistono attività sottratte all’egida dei valori costituzionali e quindi, del sindacato di costituzionalità”.

In verità, a parte il linguaggio fantasioso ed esuberante, molte sono le osservazioni che si possono al riguardo svolgere, di carattere metodologico e di merito. Se ne possono per brevità enucleare due. Inutile qui riaprire i vecchi e secolari temi circa i limiti e le modalità dell’interpretazione del diritto, sicché non è facilmente

¹⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. Torino, 1958.

¹⁷ Cfr. F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in *Federalismi*, 30 dicembre 2020.

inquadabile il contenuto e l'approdo del riportato "anelito alla 'innovazione' che è insito nelle fonti del diritto", se non riempiendo, ciascuno a modo proprio, con i contenuti più disparati le fonti a seconda dei propri orientamenti. Il che non garantisce certo la funzione primaria del diritto, che consiste nel fornire stabilità ed ancoraggio al sistema.

In secondo luogo, merita di essere messo a fuoco ancora una volta un concetto non sempre del tutto chiaro circa i rapporti tra equilibrio di finanza pubblica e copertura finanziaria. Come nei precedenti paragrafi copiosamente evidenziato, si tratta della simmetria tra due concetti simbiotici, quello di *stock* e quello di flusso. Ossia, dato qualsivoglia equilibrio di bilancio in essere (*stock*), la copertura ne deve evitare il peggioramento (flusso): tutto qui. È evidente dunque che, quale che sia l'equilibrio di partenza, ossia posteriore o anteriore alla novella costituzionale del 2012 dell'art. 81, *l'incipit* per dare un senso all'obbligo di copertura è sempre lo stesso: non peggiorare l'equilibrio dato, quale che ne siano il segno e le modalità di calcolo. Di qui il carattere simmetrico dei due concetti e quindi l'impossibilità di fondere i due argomenti, a testimonianza del fatto che nel sistema – con o senza precedente terzo comma dell'art. 81 Cost. – il parametro della legislazione vigente costituisce il presupposto dell'obbligo di copertura, come limite esistente da non peggiorare. Non è un caso – altro punto su cui non si è riflettuto molto – che la nuova legge di bilancio unificata dello Stato, posteriore alla presunta rivoluzionaria novella costituzionale di cui all'art. 81, sia composta di due Sezioni, di cui la II è esattamente il bilancio a legislazione vigente corrispondente al previgente comma terzo dell'art. 81, come è indicato chiaramente nei documenti del Governo, che per la loro altissima qualità andrebbero considerati e compresi molto più diffusamente, laddove la legge di bilancio approvata (comprensiva, dunque, anche della Sezione I) rappresenta la nuova legislazione vigente complessivamente considerata.

Negare questa constatazione significa non tener conto né dell'art. 15, comma 3, della legge rinforzata n. 243 del 2012, formalmente attuativa dell'art. 81, sesto comma, Cost., novellato, né dell'art. 21, comma 1-*sexies*, della legge di contabilità nazionale n. 196 del 2009, prima richiamate, i quali confermano la natura sostanziale in ogni ordinamento contabile del principio dei conti cd. "tendenziali" (ossia a legislazione vigente), come attesta il quasi indiscusso metodo e la prassi incontestata di impostazione della politica economica in ambito OCSE nel senso di piegare i saldi "tendenziali" verso quelli "programmatici". Ma significa altresì non tener conto semplicemente dell'attuale struttura della di bilancio annuale e triennale, costruita in linea con le predette disposizioni contabili.

Sempre in argomento è poi da sfatare, brevemente, la tesi del vincolo¹⁸ che unirebbe la copertura delle spese, il nuovo equilibrio di bilancio e la sana gestione finanziaria e contabile, a seguito della novella del 2012. Come già altrove osservato¹⁹, si vengono così a mescolare, in modo improprio, parametri quantitativi e qualitativi ed a non considerare né la genesi né la *ratio* sia del nuovo concetto di equilibrio, compiutamente disciplinato dalla richiamata legge n. 243 del 2012, sia dell'inveterato concetto di copertura finanziaria, i quali operano su piani diversi che non possono essere confusi, come prima illustrato.

Su questi argomenti meritano da ultimo qualche cenno, sempre per tener conto degli ultimi sviluppi più recenti della dottrina, alcune tesi ancor più recenti, in parte analoghe a quelle prima esaminate, quali serpeggiano tra altri commentatori²⁰ e che trovano peraltro autorevole sostegno al livello della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni. Si tratta, in estrema sintesi, di due affermazioni contenute nello scritto nell'ultima nota citato. Da un lato, si sostiene la definitiva messa in soffitta, come dimostrerebbe la posizione di G. Vitagliano in uno scritto del 1910, alla cui coeva recensione di V.E.Orlando ci si rifà esplicitamente, della tesi del bilancio come legge formale. Dall'altro, viene espresso un giudizio di vivo consenso sulla tendenza, avallata peraltro anche dalla giurisprudenza costituzionale, in merito alle presunte modifiche in atto circa la natura del controllo della Corte dei conti, che perderebbe progressivamente la connotazione attuativa della funzione ausiliaria nei confronti delle assemblee elettive, per assumere invece, sempre di più, una caratterizzazione di natura giudiziale, “con l'obiettivo di ricondurre i controlli finanziari all'esercizio di funzione rigorosamente neutrale di accertamento di fatti giuridico-contabili in relazione al corretto impiego delle risorse pubbliche”. Tutto

¹⁸ Cfr. M. CECCHETTI, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni e il difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali di legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, in *Federalismi*, 16 dicembre 2020, in cui si riassume: “In posizione logicamente preliminare emerge, innanzitutto, la linea di continuità con la quale la Corte costituzionale ha letto l'antico principio di copertura delle spese che compariva nel vecchio quarto comma dell'art. 81 Cost. (e che oggi si trova confermato al terzo comma della medesima disposizione) rispetto al nuovo principio dell'equilibrio di bilancio, esplicitando il legame reciproco e indissolubile che lega necessariamente i due principi e ricavandone il più generale e omnicomprensivo principio della c.d. “sana gestione finanziaria e contabile”

¹⁹ C. FORTE e M. PIERONI, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in *wwwforumdiquaderniconstituzionali.it*, 30.11.20, in particolare, punto d.3) La “sana gestione finanziaria”: le diverse declinazioni di significato.

²⁰ Cfr. da ultimo G. RIVOCCHI, *La decisione di bilancio e la contabilità pubblica tra Unione europea, Stato ed autonomie territoriali*, in *Amministrazione in cammino*, intervento al webinar del 26 ottobre 2020 in occasione della presentazione del “Manuale di contabilità di Stato” di Daniela Bolognino.

ciò ad art. 100 Cost invariato ed in un contesto interpretativo della novella costituzionale del 2012 secondo cui avrebbe fatto con essa ingresso, nel nostro ordinamento, il principio dell'anticiclicità del bilancio, con ciò – negli intendimenti di chi afferma codeste tesi, ivi compresa la Consulta – di fatto costituzionalizzando il *deficit spending*.

Si intende sorvolare qui su quest'ultimo argomento, perché, anzi, detta novella partiva eventualmente da un principio completamente diverso, che era quello della costituzionalizzazione del Patto di stabilità e crescita fissato in sede europea, il cui esito – per il nostro paese – sarebbe, in base alle ultime determinazioni fissate nei documenti ufficiali della Commissione europea nel 2019, un obiettivo di medio termine di un avanzo del conto delle pubbliche amministrazioni dello 0,5 per cento del pil²¹ (ovviamente, prima della sospensione in atto non del Patto di stabilità e crescita, ma del percorso di convergenza verso l'obiettivo di medio termine a causa della pandemia e senza considerare la possibile rivisitazione che queste regole avranno una volta superata la fase d'emergenza, secondo criteri al momento non definiti). Quindi, non si tratta di *deficit spending*, se l'esito un obiettivo di avanzo.

Sia solo permesso aggiungere, sempre in merito all'anticiclicità, che, invero, non senza sorpresa, sembra sfuggire ai sostenitori della tesi esposta un fatto abbastanza semplice: la regola dell'obiettivo di medio termine dovrebbe funzionare sempre e quindi sia in caso di ciclo negativo, che richiederebbe peraltro un aggiustamento minore per evitare la prociclicità, sia in caso di ciclo positivo, in cui, nonostante il naturale aggiustamento in virtù delle maggiori entrate e delle minori spese in base all'operare dei cd. "stabilizzatori automatici", non di meno occorrerebbe varare un aggiustamento rafforzato mediante la costituzione di riserve fiscali, proprio per acquisire margini utili per i tempi magri. Si tratta di principi chiaramente esposti nelle fonti ufficiali di riferimento e nei testi di politica economica più accreditati, regolarmente ignorati dalla dottrina e dalla giurisprudenza richiamate.

Ritornando ora alle due tesi principali prima riassunte, così come esposte nello scritto da ultimo richiamato in nota, per la prima (il bilancio come legge sostanziale), tralasciando anche qui l'opportunità dello sbrigativo richiamo ad un autore di un secolo fa che si muoveva in un contesto costituzionale ed istituzionale completamente diverso e che comunque non rappresentava una voce isolata, essendo il dibattito di allora molto vivace e contrastato su tali argomenti, in riferimento all'odierna struttura della legge di bilancio si può agevolmente ribadire ancora una volta solo che i conti del bilancio dello Stato vengono quasi integralmente fissati dalla Sezione II di tale legge, che viene costruita in base al principio della legislazione vigente, come recitano le fonti prima richiamate e costituite sia dalla legge n.

²¹ Come confermato dal DEF 2021, p. 8, nota 5.

243 del 2012, attuativa della predetta novella costituzionale, sia dalla legge di contabilità n. 196 del 2009. Quale sia dunque la natura giuridica di una legge di bilancio così composta costituisce quanto meno un tema aperto, che non si può liquidare ignorando quanto prevede l'ordinamento contabile, che richiama in molti punti il principio della legislazione vigente.

Ma v'è di più. Sempre in sintesi estrema, poiché si assiste, come dimostra lo scritto citato, alla meccanica e tralaticia esposizione ormai delle medesime tesi senza considerare né le fonti né la struttura delle leggi di bilancio approvate negli ultimi anni in coerenza con l'evoluzione della normativa contabile, vanno ribaditi – anche qui ancora una volta – altri due elementi. Da un lato, il metodo della politica economica da decenni invalso a livello internazionale consiste nella correzione (nei due sensi) del “tendenziale”, che altro non è se non il bilancio a legislazione vigente. Dall'altro, andrebbe altresì ricordato che tutto l'*iter* della decisione finanziaria si articola su due momenti: anzitutto, si fissa il bilancio come correzione del “tendenziale”, in coerenza con l'obiettivo programmatico fissato per ogni paese, ed in un secondo momento si parametrizza sulla custodia di tale equilibrio l'assolvimento dell'obbligo di copertura, che altro non è – pertanto – se non il fatto di impedire il peggioramento del saldo a legislazione vigente di cui alla legge di bilancio approvata.

Il principio della legislazione vigente è potentemente incardinato, dunque, per molti versi nel nostro ordinamento, alla luce della tecnica di politica economica di cui al mondo OCSE, e ad esso corrisponde una certa natura giuridica delle varie leggi di bilancio, per un verso, e delle altre leggi onerose, per altro verso. D'altra parte, se la legge di bilancio presentasse una natura identica alle altre leggi onerose, essa dovrebbe essere sottoposta alla copertura finanziaria, il che non risulta disposto dall'ordinamento, semplicemente perché sarebbe in sé contraddittorio. Sul piano istituzionale, conviene ripetere dunque che la legge di bilancio è vincolata all'obiettivo del saldo strutturale a medio termine (correlato peraltro ad altri saldi a seconda delle varie definizioni), a sua volta funzionale a quello del debito, entrambi coperti da norma costituzionale (rispettivamente, art. 81, primo comma, e 97, primo comma). Tale legge, poi, al termine della sessione di bilancio, fissa quella nuova legislazione vigente che non può essere peggiorata dalla successiva legislazione onerosa: di qui la contraddittorietà intrinseca della tesi circa la sottoposizione alla copertura della legge di bilancio, la quale non può non collocarsi pertanto in una posizione diversa rispetto alle successive leggi ordinarie onerose. In parole ancora più elementari, se la copertura è la difesa dell'esistente, l'esistente è altro (ossia, la nuova legislazione vigente) e non può essere sottoposto a copertura. Il principio della legislazione vigente è al momento ineliminabile, nel quadro in vigore di carattere ordinamentale e di tecnica di politica economica.

Una qualche sintetica considerazione la merita, infine, il secondo argomento del medesimo scritto qui in esame, quello della progressiva giurisdizionalizzazione del

controllo sui bilanci²². Tema amplissimo - verrebbe da osservare – su cui in questa sede si può solo offrire qualche brevissimo spunto. Un’inevitabile premessa è che l’argomento semplicemente costituisce un altro tassello che si inquadra nell’ambito di una deriva giustizialistica a sua volta facente parte di una tendenza più ampia, intesa a concepire il nostro Stato - senza che sia cambiata la costituzione - da uno Stato di diritto, basato dunque sulla legge in quanto espressione di quella sovranità popolare scolpita (non casualmente) nell’art. 1 Cost., ad uno Stato sociale costituzionale²³. Nel merito, si avalla dunque un progressivo assimilazione del controllo magistratuale *ex post* sul rendiconto di bilancio ad una pronuncia di carattere giudiziario, la quale si porrebbe “a presidio della legalità finanziaria e nell’interesse dei principi costituzionali di volta in volta rilevanti”²⁴. In tale costruzione non sarebbe naturalmente la rappresentanza ad individuare tali principi di volta in volta rilevanti nel raffronto tra esigenze e vincoli finanziari, il che pone ineluttabilmente il problema della responsabilità, la quale rileva sia *ex ante*, nella decisione di bilancio, sia *ex post*, nella verifica delle modalità di assolvimento del mandato conferito in via preventiva con la legge di bilancio, ad opera sempre del medesimo soggetto: l’assemblea rappresentativa.

Si tratta invero di tesi che esprimono più *desiderata* che un solido fondamento nell’ordinamento²⁵, il che va sottolineato con particolare forza se esse risultano avallate da sentenze, come è accaduto. Sarebbe qui del tutto ultroneo ricordare la differenza tra l’art. 100, secondo comma, Cost. e l’art. 103, secondo comma, Cost. Merita solo qui rammentare l’ultimo periodo del citato secondo comma dell’art. 100, non a caso mai menzionato dalla medesima dottrina e giurisprudenza più

²² Ciò non senza considerare che in dottrina si è, di recente, altresì affacciata anche la tesi del tutto peculiare della riconduzione della materia nell’ambito della volontaria giurisdizione: cfr. R. URSI, *Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendi conti regionali*, in *Milan law review*, n. 1/2020, Università degli studi di Milano, pp. 47 ss.

²³ Secondo la nota definizione di P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in *Il costituzionalista riluttante-Saggi per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016.

²⁴G. RIVOSACCHI, *cit.*, pag. 12.

²⁵ Al riguardo, non può non rilevarsi che le tendenze ordinamentali sono, piuttosto, nel senso di una riduzione dell’ambito della giurisdizione intestata alla Corte dei conti, laddove, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - trasmesso dal Consiglio dei ministri, in data 25 aprile 2021, al Parlamento -, nell’ambito delle “riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza”, si trova ribadito l’intento della proroga dell’efficacia temporale della norma del decreto-legge n. 76/2020 che prevede la limitazione della responsabilità per danno erariale ai casi in cui la produzione del danno è dolosamente voluta dal soggetto che ha agito, ad esclusione dei danni cagionati da omissione o inerzia (cfr. punto 2.1.1 *Semplificazioni in materia di contratti pubblici*).

recenti: “Riferisce [la Corte dei conti] direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito”. Con il che, ancora una volta, il cerchio si chiude. Oltretutto, lo stesso organo contabile ha rilevato più volte che, in caso di impugnazione del giudizio di parifica, l’approvazione della legge sul rendiconto fa cessare la materia del contendere. Aggiungasi che, in caso di difformità della legge approvativa del rendiconto rispetto al giudizio di parifica, prevale la prima, che funge infatti da sanatoria.

Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto

GIUSEPPE LAURICELLA *

Sommario

1. Premessa e ambito dell'indagine. – 2. I presupposti delle misure di prevenzione e delle misure preventive. – 3. Le misure di prevenzione. – 4. La pericolosità generica e la pericolosità qualificata. – 5. La particolare situazione della confisca “urbanistica”. – 6. La verifica della pericolosità quale presupposto per la misura di prevenzione. – 7. La Corte costituzionale e la Corte EDU sulle misure di prevenzione patrimoniali. – 8. Dalla legge Rognoni-La Torre al Codice antimafia, nel segno dell'efficienza. – 9. I criteri giustificativi delle misure di prevenzione. – 10. Il procedimento di prevenzione indipendente senza le garanzie penali. – 11. L'applicazione della misura di prevenzione senza la pregiudiziale penale. – 12. La natura della misura patrimoniale e la correlazione temporale. – 13. La “funzionale” assimilazione della confisca allargata alla confisca di prevenzione. – 14. La correlazione e la pericolosità “storica”. – 15. Le modifiche della legge 161/2017 al Codice antimafia con uno sguardo alle garanzie. – 16. Il congelamento e la confisca nell'ambito comunitario. – 17. Misure diverse nei differenti livelli. – 18. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

G. LAURICELLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Palermo. Indirizzo mail: giuseppe.lauricella@unipa.it.

1. Premessa e ambito dell'indagine

Da quando nel nostro ordinamento si è affermato il sistema della prevenzione oltre l'ordinario e tipico sistema penale, si è alimentato un intenso dibattito in dottrina così come nella giurisprudenza, che ha determinato una vera e propria contrapposizione, motivata dall'esigenza, da una parte, di efficienza e, dall'altra, di garantismo.¹

Ci troviamo, dunque, di fronte ad una condizione complessa se le ragioni della politica criminale vengono descritte secondo un modello che, in nome dell'efficienza, tende o – se si vuole – è costretto ad eludere lo Stato di diritto. Si è costruito un sistema di prevenzione alternativo al sistema penale, con l'evidente obiettivo di superare le difficoltà procedurali e la lentezza del sistema penale, sacrificando, in tal modo e inevitabilmente, le garanzie che l'ambito penale assicura. Per di più, il modo in cui lo strumento della prevenzione viene disciplinato ed applicato ha finito con l'assumere il carattere della ordinarietà.

Tale premessa ci induce a focalizzare la nostra attenzione sulle misure di prevenzione patrimoniali, le quali, dopo essere state introdotte, hanno, successivamente, assunto un ruolo indipendente e autonomo dal procedimento penale e dalla misura di prevenzione personale, e ciò determina un'esigenza di riflessione in ordine al rispetto che tali misure hanno nei confronti delle garanzie previste, certamente, dal sistema penale e dai principi costituzionali.

Non v'è dubbio che, a seguito dei gravi atti e della sempre più pervasiva attività criminale della mafia, le misure di prevenzione hanno costituito e continuano a costituire la risposta più incisiva da parte dello Stato, che con il sequestro e la confisca di prevenzione hanno trovato lo strumento idoneo a contrastare le attività illecite e i proventi che da tali attività derivano.

Misure che, attesa la loro efficienza ed efficacia, sono state rese applicabili anche ad altre figure a pericolosità qualificata, sempre che risultino relative a reati in forma associativa.

D'altro canto, il concepire e prevedere un sistema parallelo a quello penale tipico appartiene alla nostra "cultura", che fin dall'unità dello Stato ha ritenuto necessario costruire un sistema alternativo, di più facile ed immediata applicazione,

¹ Cfr. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, II, 1987, p. 364 ss.; ID., *Misure di prevenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino 1994, p. 116; VIDIRI, *Nuovo processo penale e processo di prevenzione: quale cultura per quale giudice?*, in *Cass. pen.* 1992, p. 200-201. Per una diversa posizione, cfr. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1990, pp. 6-7 e pp. 14-15; TESSITORE, *Spunti di riflessione sui rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in *Foro it.* 1984, IV, c. 257-259.

capace di contrastare le situazioni di pericolosità sociale, utilizzando strumenti di prevenzione senza la necessità della prova e di particolari accertamenti, basandosi, fin da allora, sul mero sospetto.

Quindi, l'emergenza criminale giustifica la via alternativa al procedimento penale tipico e, di conseguenza, l'uso di misure di prevenzione fondate sul sospetto o, come verrà affermato successivamente, sull'indizio.

Allora, diventa rilevante riflettere, sia sulla coerenza del sistema di prevenzione, sia sui presupposti che giustificano la flessibilità (in termini di prova e di garanzie) delle stesse.

Tutto ciò ci riporta all'originaria perplessità sul rispetto dello Stato di diritto a fronte di un sistema di prevenzione patrimoniale giustificato dalla emergenza criminale e dalla difficoltà (sottesa) di fronteggiarla con gli ordinari strumenti penali.

Importanti, sul punto, si rivelano i contributi della dottrina e le posizioni assunte dalla giurisprudenza della Corte EDU, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, che in particolari occasioni (come, specificamente, la sentenza De Tommaso della Corte Edu, la sentenza n. 24 del 2019 della Corte cost.) hanno cercato di rivedere e definire alcuni criteri.

Non sono poi mancati gli interventi del legislatore che, come nel caso della legge 161 del 2017, ha cercato di rimediare ad alcune carenze del Codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011) anche sul diritto di difesa.

Si tratta di interventi di rilievo che non sembrano, però, risolutivi e che non possono non far pensare ad ulteriori modifiche e riforme, necessarie se si vuole salvare un sistema di prevenzione utile per il contrasto alla criminalità organizzata, ai suoi traffici e proventi illeciti, ma rischioso se non rispettoso delle garanzie costituzionali e del sistema penale, soprattutto quando l'applicazione delle misure è lasciato alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria che, sulla base dell'indizio, rischia di colpire realtà patrimoniali o aziendali, successivamente (ma purtroppo tardi) risultate sane.

Atteso che ogni misura ed attività legislativa o giudiziaria volta a contrastare il fenomeno mafioso e le attività criminali in genere è – di per sé – strumento utile e necessario, tuttavia, in uno Stato di diritto non può prescindere dal dover mantenere un sistema coerente con i principi costituzionali.

Il problema non sta, chiaramente, nel fatto che vengano introdotti ed applicati strumenti efficaci ai fini del contrasto della criminalità organizzata, ma che tali misure – necessarie – rispettino lo stesso Stato di diritto nel quale si sono formate, senza eluderlo, ed altresì che – attesa la loro semplificazione procedurale e l'affievolimento delle garanzie - si eviti l'uso distorto di tali strumenti, a tal punto da rischiare di travolgere persino realtà imprenditoriali sane che - a seguito dell'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale basata unicamente su "indizi" (a volte presunti) e che potrebbe risultare priva di fondamento – non riescano più a risollevarsi, non potendo contare, per di più, su alcuna garanzia patrimoniale e

finanziaria (né – per esempio - su un sistema di “riparazione”, come previsto per l’ingiusta detenzione).

Senza considerare che, nonostante l’assenza di responsabilità penale e con l’unico riferimento alla presunzione di pericolosità, il procedimento di prevenzione – in quanto autonomo e, anzi, indipendente dal processo penale – può continuare in un percorso distinto.

Pertanto, fino a quando ad essere colpiti sono patrimoni di illecita provenienza o aziende di facciata, il problema giuridico rimane ma gli effetti economico-sociali sono positivi.²

Tuttavia, però, quando a causa di un uso superficiale (se non - come è sembrato in certi circoscritti casi verificatisi negli ultimi anni - arbitrario e talvolta pretestuoso), l’applicazione delle misure di prevenzione reali rischia – anche a seguito di amministrazioni giudiziarie con gestioni fallimentari - di colpire realtà imprenditoriali “sane”, con effetti negativi sull’economia del territorio, oltre che sulle stesse aziende e sulla vita dei soggetti interessati, il problema, oltre che giuridico, diventa grave anche dal punto di vista sociale ed economico.

Da ciò discende l’esigenza di un approccio giuridico, al fine di comprendere se certe misure di prevenzione patrimoniali – certamente efficaci sul piano della prevenzione – siano, al contempo, effettivamente coerenti con la loro (reale) natura giuridica, osservata nel suo manifestarsi e non solo in base alla definizione giurisprudenziale e alle finalità “politiche” del legislatore.

La garanzia dei diritti fondamentali è necessaria oltre che decisiva per salvare il sistema delle misure di prevenzione.

In tal senso va rilevata, negli ultimi anni, una importante evoluzione – in senso garantista – della giurisprudenza e del legislatore, manifestata dai criteri di tassatività, accertamento di fatti, proporzionalità, correlazione e perimetrazione temporale.

Conseguentemente, il dibattito e la riflessione sul tema sono indispensabili perché possa essere trovato l’equilibrio con soluzioni che, mantenendo il sistema, affermino effettivamente il rispetto delle garanzie previste.

L’indagine, dunque, non vuole essere una mera ricognizione degli istituti relativi alle misure di prevenzione patrimoniali ma, piuttosto, la ricerca delle ragioni che inducono il legislatore e la Corte costituzionale al mantenimento delle misure escludendone la natura sanzionatoria e punitiva.

² FIANDACA, *Presentazione del libro “Prima lezione di diritto penale”*, presso Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Foggia, 1 marzo 2018, in cui, con riguardo alle misure di prevenzione patrimoniali, parla di “funzione di “regolatore dell’economia”.

D'altra parte, da studioso del diritto pubblico generale e non specificamente del diritto penale, l'approccio intende essere rivolto a comprendere se il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali sia caratterizzato ed ispirato dal rispetto – in senso stretto - dello Stato di diritto o più dal legittimare gli obiettivi di politica criminale e, con esso, l'esigenza di efficienza, anche a costo di dover “sacrificare” qualche garanzia.

Rimane da comprendere, infine, se le esigenze dello Stato di diritto possano, comunque, essere soddisfatte trovando un possibile equilibrio con le esigenze della prevenzione, dell'efficienza, anche oltre la tipicità penale ma nel necessario rispetto delle garanzie costituzionali.

2. I presupposti delle misure di prevenzione e delle misure preventive

Prima di entrare nello specifico tema dell'indagine, sembra utile individuare la sostanziale differenza tra le misure patrimoniali (sequestro e confisca) preventive e di prevenzione, con particolare riferimento al sequestro preventivo (di cui al codice penale) e al sequestro di prevenzione (di cui al Codice antimafia)³, quali atti, comunque, propedeutici alla confisca (preventiva e di prevenzione).

Ebbene, il sequestro preventivo è una misura cautelare reale, disciplinata dall'art. 321 c.p., mentre il sequestro di prevenzione è una misura di prevenzione reale, disciplinata dall'art. 20 del Codice antimafia.⁴

Il presupposto del sequestro preventivo (penale) è la sussistenza di un reato contestato ad un soggetto, ovvero un *fumus commissi delicti*.⁵

Di conseguenza, affinché tale misura possa essere richiesta ed applicata, è necessario che chi la propone (e cioè la pubblica accusa) dimostri che quel bene, quel patrimonio sia pertinente alla fattispecie criminosa per cui si procede e che vi sia un pericolo attuale e concreto che tale bene possa essere utilizzato ai fini della reiterazione del reato o del suo aggravamento.

³ Su una ricognizione delle figure di confisca, vedi DI PAOLA, GIORDANENGO, FATTORA, CARBONA, DENICOLÒ, GIUSTOZZI, PIOMBINO, MICELI, FRAZZITTA, TROPEA, CONTINI, NICLA, *L'arcipelago delle confische*, Milano, Giuffrè, 2019.

⁴ Il Codice antimafia prevede: “Art. 20. Sequestro. 1. Il tribunale, anche d'ufficio, con decreto motivato, ordina il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è stata presentata la proposta risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, ovvero dispone le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ricorrano i presupposti ivi previsti”.

⁵ Cfr., RAMPIONI, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza confini*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, n. 5, p. 3.

Se a conclusione del processo viene disposta una condanna a carico del *reo*, il bene sequestrato viene confiscato.

Quindi, in tale contesto, ai fini del sequestro occorre la sussistenza del reato; per l'applicazione della confisca è necessaria altresì la condanna.

Il sequestro di prevenzione, invece, può essere richiesto dal Pubblico ministero (così come dal Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal Questore, ecc.) o disposto d'ufficio dal Tribunale, Sezione Misure di prevenzione, qualora – sulla base di indizi – si ritenga configurabile una sproporzione rispetto all'attività svolta o al reddito dichiarato.

Gli indizi, dunque, attengono alla presunta illiceità dell'origine e della provenienza del reddito e dell'attività svolta.

In altri termini, il sospetto (o la presunzione) diventa sufficiente a generare un procedimento di prevenzione.

Non si richiede, dunque, l'esistenza di un (presunto) reato né – ai fini della successiva confisca – la condanna del soggetto che detiene i beni oggetto dell'ipotesi criminosa.

Per cui, sulla base di indizi, la misura di prevenzione può essere applicata *ante e praeter delictum*, senza reato e senza condanna.

Da ciò, si afferma – come espressamente disposto dall'art. 29 Codice antimafia⁶ - l'indipendenza tra l'azione penale e l'azione di prevenzione

3. Le misure di prevenzione

Le misure di prevenzione, personali o patrimoniali, si applicano per limitare, rispettivamente, la sfera della libertà personale o la disponibilità e l'utilizzo di beni che si ritengono essere stati acquisiti illecitamente e, dunque, per prevenire la commissione di reati e per inibire l'utilizzo di beni e patrimoni illecitamente acquisiti o detenuti.⁷

⁶ Al Capo IV (Rapporti con i procedimenti penali) del Codice antimafia, l'art. 29 prevede: "Indipendenza dall'esercizio dell'azione penale. 1. L'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale".

⁷ Le misure di prevenzione sono state disciplinate per la prima volta nell'ordinamento con la legge 1409 del 1863, quale strumento per contrastare il fenomeno del brigantaggio, all'inizio dell'unità d'Italia. Successivamente, durante il periodo fascista, le misure di prevenzione (ancora a carattere personale) trovano un'ulteriore affermazione attraverso i due testi unici di pubblica sicurezza del 1926 e del 1931. Con la nascita della Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione, le misure di prevenzione – non previste dalla Costituzione - vengono, comunque, ritenute legittime dalla Corte costituzionale attraverso le sentenze n. 2 e n. 11 del 1956. Grazie all'incoraggiamento giurisprudenziale della Corte costituzionale, il legislatore diede vita, in due momenti successivi, alla legge 1423 del 1956

Rimanendo nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali, si fa riferimento ad atti cui la giurisprudenza (anche costituzionale) non riconosce un carattere sanzionatorio, riferiti a diritti costituzionalmente tutelati come l'iniziativa economica e la proprietà privata previsti dagli art. 41 e 42 della Costituzione.

Inoltre, devono rivolgersi a beni acquisiti o detenuti da soggetti socialmente pericolosi e, per differenziarsi dalle misure cautelari (preventive), possono essere applicate prima o a prescindere dalla commissione del reato.

In tal senso si distinguono anche dalle misure di sicurezza, per la cui applicazione occorre il presupposto della pericolosità sociale ma solo se accertata dopo che il reato sia stato commesso.

(“Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”) e alla legge 575 del 1965 (“Legge contro la mafia”). In particolare la seconda, rivela un'importanza – si direbbe – storica, sia per l'aver, per la prima volta, espressamente e normativamente introdotto il termine “mafia”, sia per aver anticipato il concetto di associazione di tipo mafioso (all'art. 1 era previsto che “la presente legge si applica agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose”), che sarà, successivamente, prevista quale reato tipico (416-bis c.p., “Associazioni di tipo mafioso”), con la “legge Rognoni-La Torre”, 646/1982. La stessa legge 646/1982 introduce, inoltre, le misure di prevenzione patrimoniali che si affiancano alle misure personali e diventano l'aspetto caratterizzante la nuova idea di lotta alla criminalità organizzata, basata sulla sottrazione da parte dello Stato dei beni e dei patrimoni ritenuti di illecita provenienza e detenuti illecitamente. Nel 2011, con il d.lgs. 159, viene adottato il c.d. “Codice antimafia” (“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”), che ha abrogato e sostituito la legge 575/1965. Nel 2017 il legislatore approva la legge 161/2017, con la quale vengono apportate alcune integrazioni e modifiche al Codice antimafia, prevedendo anche un'estensione dell'applicazione delle misure di prevenzione ad indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di alcuni reati contro la Pubblica amministrazione oltre che di terrorismo, truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni e, persino, di *stalking*. Sulle misure personali e patrimoniali, cfr., GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 14 febbraio 2020, il quale, in ordine alla natura della misura di prevenzione, sottolinea come “si tratta di “pene” di cui si enfatizza la funzione preventiva, ma come la Corte Edu ci ha insegnato nel caso Welch più di vent'anni fa “*in effetti gli obiettivi della prevenzione e della riparazione si conciliano con quello della repressione e possono essere considerati elementi costitutivi della nozione stessa di pena*”. Mi sembra allora che la giustificata esigenza di garantire uno statuto delle misure di prevenzione (per lo meno di quelle fondate sulla pericolosità generica) ne metta in discussione la natura, evidenziando ancora di più il carattere sostanzialmente repressivo di tali misure che non possono essere sottratte a tutte le garanzie proprie del sistema penale”.

4. La pericolosità generica e la pericolosità qualificata

Va premesso che le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) costituiscono una reazione dello Stato all'accertamento della pericolosità sociale del soggetto. Ciò le distingue dai presupposti che caratterizzano l'ambito penale che, invece, riguarda l'accertamento della responsabilità per un fatto reato.⁸

La pericolosità c.d. "generica" viene descritta dall'art. 1 del Codice antimafia (d.lgs. 159/2011) e riguarda determinate categorie di soggetti che, in base ad elementi di fatto, siano ritenuti "abituamente dediti a traffici delittuosi" (lett. a)); che, "per la condotta e il tenore di vita" sembrino vivere abitualmente "con i proventi di attività delittuose" (lett. b)); che "siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" (lett. c)).

Occorre precisare che i soggetti ora individuati sono destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dal questore e che la Corte costituzionale, con sentenza n. 24 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della lettera c), art. 4, del Capo II (misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria) nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal medesimo Capo II si applicano anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a), attesa l'indeterminatezza del riferimento "traffici delittuosi", in quanto non rispondenti ai requisiti di "precisione" e "completezza" richiesti dalla Corte EDU (sent. De Tommaso c. Italia), visto che non consentono al cittadino di conoscere preventivamente le condotte da evitare per non subire l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Sullo stesso principio, con la sentenza n. 24/2019, la Corte costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 16 del d.lgs. 159/2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a).

Inoltre, è utile ricordare che i soggetti indicati dall'art. 1 del d.lgs. 159/2011 sono considerati destinatari dei provvedimenti di prevenzione dell'autorità

⁸ In tal senso, vedi sent. Corte cost. n. 106/2015, che, sulla differenza di oggetto fra la sede penale e di prevenzione, rispettivamente si fondano sulla "verifica di un determinato fatto-reato" e su una "complessiva notazione di pericolosità espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato". Inoltre, MAUGERI, *I soggetti destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *L'indice penale*, 2017; inoltre, vedi, MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo Statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in www.diritto-penalecontemporaneo.it, p. 11 ss.

giudiziaria come previsto dall'art. 4 e dall'art. 16 anche in ordine alle misure di prevenzione patrimoniali.⁹

⁹ Si riportano qui di seguito gli art. 1, 4 e 16 del d.lgs. 159/2011. «Le misure di prevenzione personali - Capo I- Le misure di prevenzione personali applicate dal questore. Art. 1 Soggetti destinatari - 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. Capo II - Le misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria - Sezione I - Il procedimento applicativo - Art. 4 - Soggetti destinatari 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano: a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p.; b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinqies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale; c) ai soggetti di cui all'articolo 1; d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*quater*, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale; e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuano a svolgere una attività analoga a quella precedente; f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d); h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati; i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle

L'altra categoria di pericolosità c.d. "qualificata", riguarda tutti i soggetti collegati o aderenti alla criminalità organizzata, che risultino indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafioso (di cui all'art. 416-*bis* c.p.) o indiziati di reati diversi ma che, soprattutto a seguito delle modifiche al Codice antimafia introdotte dalla l. 161/2017, commessi in forma associativa, come, per esempio, alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione.

Come è stato affermato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 24 del 2019, in ordine alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, i requisiti che sono indicati – in generale – per l'applicazione delle misure di prevenzione personali (l'abitudine della commissione del delitto, la generazione dei profitti e che i profitti costituiscano almeno una componente significativa del reddito del proposto) riguardano anche l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, per le quali "*dovranno essere accertati in relazione al lasso temporale nel*

persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive; *i-bis*) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis* o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice; *i-ter*) ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale. Titolo II. Le misure di prevenzione patrimoniali - Capo I - Il procedimento applicativo Art. 16. Soggetti destinatari 1. Le disposizioni contenute nel presente titolo si applicano: a) ai soggetti di cui all'articolo 4; b) alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali. 2. Nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 4, comma 1, lettera i), la misura di prevenzione patrimoniale della confisca può essere applicata relativamente ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive. Il sequestro effettuato nel corso di operazioni di polizia dirette alla prevenzione delle predette manifestazioni di violenza è convalidato a norma dell'articolo 22, comma 2. effettuato nel corso di operazioni di polizia dirette alla prevenzione delle predette manifestazioni di violenza è convalidato a norma dell'articolo 22, comma 2».

quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare".¹⁰

La Corte costituzionale riprende il principio già affermato dalle Sezioni Unite della Corte Suprema nella sentenza n. 4880/2015, in ordine alla c.d. "perimetrazione cronologica", affermando che *"la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche "misura temporale" del suo ambito applicativo"*. Pertanto, *"con riferimento alla pericolosità generica, va affermato il principio di diritto secondo cui sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente, dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione"*, mentre, *"con riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l'intero percorso esistenziale del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale, al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato"*.

Si fa, così, riferimento alla correlazione "storica" della pericolosità soggettiva, a prescindere dal momento in cui si ritenga di dover applicare la misura ablativa. Per cui l'elemento temporale diviene un connotato della pericolosità sociale del proposto.¹¹

Dunque, la pericolosità sociale come misura temporale, che individua l'arco temporale in cui si è manifestata e si sono acquisiti i beni (illecitamente).¹²

¹⁰ Vedi sentenza Corte cost. n. 24 del 2019. Inoltre, MAUGERI-PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, in www.sistemapenale.it, 2019.

¹¹ Sul punto, in partic., Corte Cass. pen., Sez. U., 30 novembre 2017, n. 111, in ordine all'accertamento della "attualità" della pericolosità sociale del proposto anche nei confronti di indiziati di "appartenere" ad una associazione di tipo mafioso. Sulla questione si erano manifestati tre diversi orientamenti. Il primo, secondo il quale che non riteneva necessario accertare l'attualità della pericolosità; il secondo, che dava rilievo al trascorrere del tempo, nel senso che la posizione di pericolosità con il trascorrere del tempo doveva intendersi affievolita; la terza, con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, richiede che l'attualità debba essere motivata: *"Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di "appartenere" ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto"*.

¹² In tal senso, Corte Cass. pen., Sez. II, n. 30974/2018, secondo la quale *"la confisca di prevenzione ex art. 24, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per pericolosità generica ha nella pericolosità sociale del proposto oltre che il presupposto anche la "misura temporale", sicché sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco temporale in cui si è manifestata"*.

Sul tema va rilevata la recente decisione della Corte Suprema, n. 12329/2020, che, non solo chiarisce l'aspetto temporale, dando risalto al momento in cui il soggetto abbia acquistato il bene, correlando tale dato all'accertamento della pericolosità, ma precisa anche che eventuali successivi beni, acquistati fuori dal periodo della pericolosità, che appaiano leciti, possono rivelarsi illeciti se comunque collegati ai proventi illeciti ottenuti nel periodo della pericolosità sociale.

Infatti, secondo la Corte di Cassazione, *“Occorre allora che, per quanto attiene ai beni acquistati fuori del periodo di manifestazione della pericolosità sociale siano individuati, con adeguata motivazione capace di illustrare la consistenza, i dati di fatto rivelatori di una diretta provenienza di quei beni dalla illecita ricchezza formatasi in precedenza”*.¹³

Inoltre, in ordine alla “finestra temporale” della pericolosità sociale, dalla pronuncia della Suprema Corte sembra rilevarsi una sostanziale equiparazione tra la pericolosità generica e qualificata, quando precisa che il “nesso di derivazione” tra pericolosità e acquisti aggredibili non viene meno nel tempo. Anzi, aggiunge, *“ciò è stato fatto in un caso di pericolosità cd. qualificata, ma il principio è mutuabile anche*

Vedi anche, Corte Cass. pen., Sez. VI, n. 53126/2014 sulla pericolosità sociale quale “misura temporale”: Corte Cass., Sez. U., n. 4880/2015.

¹³ Nella sent. n. 12329/2020, la Corte di Cassazione afferma che *“5. (...) La questione è stata presa in esame della giurisprudenza di legittimità, che ha precisato quali siano le condizioni in presenza delle quali il nesso di derivazione diretta tra manifestazione della pericolosità sociale e acquisiti aggredibili con il provvedimento ablatorio non viene meno seppure la cd. finestra temporale di pericolosità appaia formalmente chiusa. Ciò è stato fatto in un caso di pericolosità cd. qualificata, ma il principio è mutuabile anche sul terreno della pericolosità generica, perché quel che importa è che vi sia, come è per la vicenda in esame, una definizione netta e compiuta del termine iniziale e di quello finale della pericolosità. Il principio di diritto affermato è che “in tema di confisca di prevenzione disposta nei confronti di soggetto indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa, anche nel caso in cui la fattispecie concreta consenta di determinare il momento iniziale e finale della pericolosità qualificata, e' legittimo disporre la misura ablativa su beni acquisiti in periodo successivo a quello di cessazione della condotta permanente, ove ricorra una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi della diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formatasi nel periodo di compimento dell'attività delittuosa” - Sez. 2, n. 14165 del 13/03/2018, Alma e altro, Rv. 272377. Non si contraddice così l'assunto, che va ribadito, della necessità della correlazione temporale ma si introduce un criterio operativo che consente di tradurne il significato di garanzia senza esporlo al rischio di letture formalistiche. 6. Occorre allora che, per quanto attiene ai beni acquistati fuori del periodo di manifestazione della pericolosità sociale siano individuati, con adeguata motivazione capace di illustrarne la consistenza, i dati di fatto rivelatori di una diretta provenienza di quei beni dalla illecita ricchezza formatasi in precedenza”*. Vedi, inoltre, DI PAOLA, *Confisca dell'impresa mafiosa e misura dell'ablazione, tra verifica sostanziale e accertamento probatorio*, in *Foro it.*, 2020, n. 11, La Tribuna, parte II, p. 749.

sul terreno della pericolosità generica, perché quel che importa è che vi sia, come è per la vicenda in esame, una definizione netta e compiuta del termine iniziale e di quello finale della pericolosità”.

La pericolosità, con riguardo alle misure di prevenzione, è sempre tipica e, dunque, tassativa, ovvero si riferisce a determinati comportamenti che possono giustificare l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.

Da ciò si ricava che le misure ablatorie di prevenzione devono essere sostenute da “fatti”, valutati in concreto, quali sintomi legati ad elementi certi e non a “meri sospetti”.¹⁴

Se gli elementi di fatto si manifestano come riferimenti sintomatici della pericolosità generica, per quanto concerne la pericolosità qualificata occorre riferirsi agli “indiziati” di reato e, specificamente per la qualificazione mafiosa, all'appartenenza all'associazione.¹⁵

D'altro canto, in un certo senso la pericolosità del proposto può essere desunta – sicuramente nel caso di misura di prevenzione personale e, di riflesso, per le misure patrimoniali - anche dalle sentenze pronunciate in sede penale, se in relazione ad assoluzioni con formule dubitative di insufficienza o contraddittorietà della

¹⁴ Corte Cass. pen., Sez. U., n. 13426/2010, Sez. II, n. 26235/2015, Sez. VI, n. 44608/2015.

¹⁵ Vedi, in tal senso, Corte Cass. pen., Sez. U., n. 111/2018, secondo cui, al punto 10 della sentenza, “Come già rilevato, il concetto di appartenenza, evocato dalla norma, è più ampio di quello di partecipazione, con il conseguente rilievo attribuito in tema di misure di prevenzione a condotte che non integrano neppure in ipotesi di accusa la presenza del vincolo stabile tra il proposto e la compagine, ma rivelano una attività di collaborazione, anche non continuativa. La differente struttura risulta essenziale nel senso di impedire, anche sul piano logico ricostruttivo, la piena equiparazione tra situazioni radicalmente diverse. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non siano apprezzati elementi indicativi di tale partecipazione, individuabile nella collaborazione strutturale con il gruppo illecito, nella consapevolezza della funzione del proprio apporto stabile e riconoscibile dai consociati, la collaborazione occasionalmente prestata, pur nel previo riconoscimento della funzione della stessa ai fini del raggiungimento degli scopi propri del gruppo, per la mancanza di stabilità connessa alla natura di tale cooperazione, non può legittimare l'applicazione di presunzioni semplici, la cui valenza è radicata nelle caratteristiche del patto sociale, la cui ideale sottoscrizione, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, costituisce il substrato giustificativo (sul punto Corte cost., n. 231 del 2010) che l'apporto occasionale non possiede per definizione. In tal caso l'accertamento di attualità dovrà logicamente essere ancorato a valutazioni specifiche sulla ripetitività dell'apporto, sulla permanenza di determinate condizioni di vita ed interessi in comune”. Inoltre, al punto 13, afferma che “Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di “appartenere” ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto”.

prova, sempre che gli indizi riguardino o si fondino sulle effettive risultanze probatorie e su ragioni reali.¹⁶

Peraltro, la Suprema Corte ritiene che *“la pericolosità sociale del proposto, sebbene in via incidentale, costituisce criterio insostituibile per verificare la ricomposizione dei singoli atti di incremento patrimoniale ai fini della valutazione (illecita provenienza) ai fini della confisca di prevenzione sia per ipotesi di pericolosità generica sia in ipotesi di pericolosità qualificata”*.¹⁷

La stessa Corte di Cassazione, nel 2018, in ordine all'applicazione delle misure di prevenzione e al riscontro della pericolosità, ha escluso che i fatti su cui si basa l'applicazione della misura di prevenzione possano essere quelli da cui sia scaturita una sentenza di assoluzione, ma ha, nel contempo, ammesso che è *“consentito al giudice della prevenzione valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale che non abbiano dato luogo ad una sentenza di condanna, in presenza di sentenze di proscioglimento per intervenuta prescrizione (limite esterno alla punibilità del fatto), “lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti”*”.¹⁸ Anzi, nella sentenza la Corte specifica che *“In definitiva è stato confermato il principio in base al quale l'unico limite autonomia del giudizio di prevenzione è quello della negazione in sede penale, con pronunce irrevocabili di determinati fatti: ciò in quanto la negazione penale irrevocabile di un determinato fatto impedisce di ritenerlo esistente e quindi di assumerlo come elemento iniziale del giudizio di pericolosità sociale”*.

5. La particolare situazione della confisca “urbanistica”

Pur trattandosi di una particolare forma di confisca, applicata a seguito di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001¹⁹, già art. 9, l. 47/1985)²⁰, la

¹⁶ In tal senso, la cit. sentenza delle Sezioni Unite della Corte Cass., n. 111/2018.

¹⁷ Corte Cass. pen., Sez. II, n. 1049/2019.

¹⁸ Sentenza Corte Cass. pen., Sez. II, n. 11846/2018 (l'inciso citato dalla S.C. riguarda la sent. Corte Cass., Sez. I, n. 31209/2015, Rv. 264320). Vedi anche, in partic., Corte Cass., Sez. II, n. 24585/2018, Sez. V, n. 30130/2018, Sez. I, n. 10034/2019.

¹⁹ Il comma 2, art. 44 del citato D.P.R. prevede che *“la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”*.

²⁰ Sulla confisca urbanistica, vedi, tra gli altri, FASSI, *La confisca urbanistica tra approdi raggiunti dalla Cassazione e aporie interpretative*, in *Riv. pen.*, n.9, La tribuna, p. 779; ALESSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva*, in *Proc. pen e giust.*, 2020, n. 4, p. 854ss.; CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le Sezioni unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermato da Corte EDU*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 11, p. 4041; TRIMBOLI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato*.

confisca urbanistica è interessante per la diversa natura che le viene attribuita, da una parte, dalla giurisprudenza interna (anche costituzionale) e, dall'altra, dalla Corte EDU, soprattutto quando si parla di "confisca senza condanna", oggi, in generale, prevista – in ambito penale - dall'art. 578 *bis* c.p.p.²¹

Il profilo di interesse della confisca urbanistica e della sua natura giuridica è rappresentato dalla diversa qualificazione che alla stessa viene attribuita dalla giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, attraverso una serie di pronunce dalle quali si rileva, da una parte, una valutazione oggettiva e, dall'altra, il continuo tentativo di lasciare la misura della confisca fuori dai confini penali.²²

Nella pronuncia del 2008 relativa al caso Sud Fondi c. Italia (sull'abuso della Punta Perotti a Bari) la Corte EDU ha qualificato la confisca quale sanzione penale "anche quando – dice la Corte – a livello interno, la definizione di "amministrativa" alla confisca permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale".

Alcune considerazioni fuori dal coro sulla pervicace applicazione di una sanzione sostanzialmente penale a reato prescritto, in Giur. Pen., 2020, n. 7/8; SCARCELLA, Legittima la confisca "urbanistica" se limitata ai soli beni immobili direttamente interessati dalla lottizzazione e ad essa funzionali, in Urbanistica e appalti, 2020, n. 2, p. 287; COSTANTINI, Nuovi equilibri e vecchie contraddizioni in tema di confisca urbanistica: i rapporti con la prescrizione del reato e il principio di proporzionalità nell'interpretazione delle Sezioni Unite, in Dir. pen. e proc., 2020, n. 9, p. 1197; CASSANO, La confisca urbanistica all'interno del dialogo tra le Corti, in Riv. pen., 2020, n. 1, p. 24; ESPOSITO, Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica. Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali, in Arch. Pen., 2019, n. 2, p. 449; GARZONE, La proporzionalità della confisca urbanistica alla luce dell'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla C.E.D.U.: la Suprema Corte di Cassazione "vanifica" il contenuto della pronuncia della Gran Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Riv. pen., 2019, La tribuna, p. 522; SCOLETTA, Lo statuto normativo della confisca urbanistica nel prisma della garanzie convenzionali, in Riv. giur. Edil., 2019, n. 1, parte II, p. 47.

²¹ Sulla questione, vedi, in partic., MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, p. 159 ss.; ADDANTE, LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018, p. 151 ss.; DURANTE MANGONI, TARTAGLIA POLCINI, *La diplomazia giuridica*, Napoli, 2019, 146 ss. L'art. 578 bis c.p.p. stabilisce che "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322 ter del codice penale, il giudice d'appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato".

²² Vedi, sulla misura urbanistica, BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2015, p. 293.

Un'affermazione che senza mezzi termini sembra voler denunciare l'intento dello Stato italiano di evitare – in tale contesto - la qualificazione penale della confisca, rappresentandola quale “sanzione amministrativa”.

Nonostante la chiara posizione giurisprudenziale della Corte EDU che, comunque, riconosce la discrezionalità dello Stato nella scelta delle misure da adottare -, la Corte di Cassazione ha continuato ad affermare la natura amministrativa della confisca, ritenendola conforme alle norme convenzionali (CEDU, art. 7 e art. 1, Protocollo I) oltre che ai principi costituzionali. L'unico aspetto che la Suprema Corte ha condiviso riguarda la non applicabilità della confisca in caso di assoluzione, ma limitatamente al caso in cui si fondasse sulla non colpevolezza, ma applicabile, invece, in caso di cause estintive del reato come la prescrizione qualora, comunque, vi fosse stato l'accertamento del reato nel corso del procedimento penale.²³

²³ In tal senso, Corte Cass. pen., Sez. III, n. 37472/2008, in cui si afferma che “*Legittimamente è disposta, a norma dell'art. 19 della legge n. 47/1985 (riprodotto dall'art. 44, 2° comma del T.U. n. 380/2001), la confisca "dei terreni abusivamente lottizzati". Trattasi di sanzione amministrativa che deve essere obbligatoriamente applicata dal giudice penale che accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata esclusivamente l'ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste*” [vedi Cass., Sez. III: 30.9.1995, n. 10061, ric. Barletta ed altri; 20.12.1995, n. 12471, ric. P.G. in proc. Besana ed altri; 12.12.1997, n. 11436, ric. Sapuppo ed altri; 23.12.1997, n. 3900, ric. Farano ed altri; 11.1.1999, n. 216, ric. Iorio Gnisci Ascoltato ed altri; 8.11.2000, n. 3740, ric. Petrachi ed altri; 4.12.2000, n. 12999, ric., Lanza; 22.5.2003, n. 22557, ric. Matarrese ed altri; 4.10.2004, n. 38728, ric. Lazzara; 13.10.2004, n. 39916, ric. Lamedica ed altri; 21.3.2005, n. 10916, ric. Visconti; 15.2.2007, n. 6396, ric. Cieri; 21.9.2007, n. 35219, ric. Arcieri ed altri; 7.2.2008, n. 6080, ric. Casile ed altri; 5.3.2008, n. 9982, ric. Quattrone]; Corte Cass. pen., Sez. III, n. 20243/2009, la quale afferma che “*la confisca conserva la sua natura sanzionatoria, anche se ordinata dopo l'estinzione del reato, in quanto collegata al presupposto di un reato estinto ma storicamente esistente ed applicata da un organo giurisdizionale penale*”. Rileva, inoltre, “*la manifesta infondatezza per asserito contrasto con gli artt. 117 Cost. e 7 C.E.D.U.*”; Corte Cass. pen., Sez. III, n. 39078/2009, secondo la quale “*Per disporre la confisca prevista dall'art. 44, 2° comma del T.U. n. 380/2001 (e precedentemente dall'art. 19 della legge n. 47/1985), il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente "condannato", in quanto data sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale e, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena*”. Pertanto, presupposto essenziale ed infettibile, per l'applicazione della confisca, è (secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante) che sia stata accertata l'effettiva sussistenza di una lottizzazione abusiva”.

Secondo la Corte di Cassazione in ordine alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati, *“Trattasi di sanzione amministrativa che deve essere obbligatoriamente applicata dal giudice penale che accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata esclusivamente l'ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste”*.

Nel 2013 la stessa Corte EDU, nella sentenza relativa al caso Varvara c. Italia, giunge a negare la legittimità anche dell'applicazione della confisca in seguito a prescrizione, atteso – afferma la Corte – il mancato accertamento della responsabilità penale mediante una sentenza definitiva di condanna, in quanto tale misura, qualificata dalla Corte come sanzione penale, applicata senza condanna, contrasterebbe con il principio della presunzione di innocenza e della retroattività della legge penale più favorevole, ai sensi dell'art. 7 CEDU e con il principio del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU.

Ma, ancora una volta, il giudice italiano, questa volta nelle vesti del giudice delle leggi (Corte cost., sentenza n. 49/2015), rivede la posizione assunta dalla Corte EDU, riaffermando la legittimità della confisca applicata a seguito di una sentenza di proscioglimento per avvenuta prescrizione del reato, sostenendo che *“pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo in mala fede acquirente del bene”*.

Quindi, secondo la Corte costituzionale per l'applicazione della confisca è sufficiente che il reato sia comunque dimostrato in sede penale, nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi, anche in assenza di una sentenza di condanna definitiva.

Nel 2018, nella sentenza della Grande Camera, G.I.E.M. c. Italia, la stessa Corte EDU rivede la sua precedente decisione, quasi adeguandosi alla posizione assunta dalla Corte costituzionale.

Infatti, pur ribadendo e confermando la natura di sanzione penale della confisca, giunge a sostenere la legittimità della misura ablatoria applicata a seguito di una sentenza di proscioglimento per avvenuta prescrizione nei confronti di un soggetto che, comunque, sia stato ritenuto responsabile a seguito di un procedimento penale che abbia rispettato le garanzie e i principi affermati dall'art. 6 della CEDU, sul giusto processo.

La Corte di Cassazione, poi, nella sentenza n. 5936/2019 ha sottolineato che il principio giurisprudenziale - secondo cui, ai fini dell'applicazione della confisca a seguito di un proscioglimento per avvenuta prescrizione, l'accertamento del reato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi sia una condizione essenziale - ha trovato una codificazione nell'art. 578 *bis* c.p.p., rispondendo ad una *“lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata”*, come si rileva dalla giurisprudenza

della Corte costituzionale (sent. 49 del 2015) e della Corte EDU (Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia).²⁴

In ogni caso, al di là delle posizioni assunte dai giudici nazionali ed europei, rimane una divergenza di fondo: il giudice europeo della Corte EDU qualifica la confisca (in questo caso, urbanistica) quale sanzione penale, pur ammettendo e, di fatto, legittimando i giudici nazionali a qualificarla come sanzione amministrativa o, come in altri casi (confisca di prevenzione), civile, lasciandola comunque fuori dall'ambito penale, con tutte le conseguenze in relazione al rispetto delle garanzie e i principi costituzionali che regolano la materia penale.

Distinzione della natura (una civile e l'altra amministrativa) che rimane anche quando le misure vengano applicate a seguito di una prescrizione e senza condanna, sempre che il fatto risulti sufficientemente chiaro, tale da poter essere assunto, in un caso (di prevenzione), "*come elemento iniziale del giudizio di pericolosità sociale*", nell'altro (urbanistico), di un reato (per abuso edilizio) comunque accertato.

6. La verifica della pericolosità quale presupposto per la misura di prevenzione

Da quanto detto si ricava che l'elemento della pericolosità è una condizione per l'applicazione della misura patrimoniale, anche patrimoniale.

Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale che è passata dalla pericolosità soggettiva alla pericolosità del bene in sé, rimane necessario – anche in via incidentale – una valutazione della pericolosità soggettiva del proposto, comunque titolare o detentore del bene ritenuto illecitamente acquisito.²⁵

D'altra parte, il giudizio di prevenzione (patrimoniale) non si limita ad una valutazione della pericolosità del soggetto ma guarda anche ai fatti, al momento "storico" della pericolosità, su cui si fondano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.²⁶

Di conseguenza, non si deve dimostrare la responsabilità ovvero la colpevolezza o meno del soggetto in relazione alla commissione di un fatto che costituisce reato ma si deve accertare che il soggetto sia da ritenersi pericoloso o meno, risalendo al

²⁴ Sull'applicazione della confisca a seguito di proscioglimento per prescrizione o formule dubitative e sulla natura di "sanzionatoria" in materia urbanistica, cfr., in partic., sent. Corte Cass. pen., Sez. II, n. 20636/2014, in cui la S.C. afferma che "*la confisca, anche se disposta dopo l'estinzione del reato conserva la sua natura sanzionatoria, sia perché legata al presupposto reato estinto, sia perché la stessa è applicata da un organo che esercita la giurisdizione (Sez. 3, n. 202443/2009 – dep. 14/05/2009, Ramacca Sala ed altri, Rv. 243624)*".

²⁵ Vedi, tra le altre, sent. Corte Cass. pen., Sez. II, n. 1049/2019.

²⁶ Sui presupposti soggettivi, cfr., DEL GIUDICE, *L'accertamento dei presupposti soggettivi della confisca di prevenzione*, in *Foro it.*, n.1, La tribuna, parte V, p. 38.

momento in cui il bene illecito sia stato acquisito, a prescindere dal momento in cui s'intenda applicare la misura di prevenzione, *ante o praeter delictum*.²⁷

In ragione di ciò, la pericolosità – come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità²⁸ – si trasferisce sulla *res*, in quanto acquisita illecitamente da parte di un soggetto (all'epoca) socialmente pericoloso, e, conseguentemente, il bene deve essere sottratto dalla disponibilità di chi lo detenga, attraverso – secondo l'idea della natura civilistica della misura di prevenzione patrimoniale²⁹ – la misura di prevenzione, ripristinatoria della situazione di legalità. In tal modo, la pericolosità si oggettivizzerebbe.³⁰

In ogni caso, ovvero anche nel caso in cui si acceda all'idea della natura civile della misura di prevenzione patrimoniale, non si può negare la correlazione tra il bene illecitamente acquisito e il soggetto che lo ha in tal modo acquisito. In altri termini, se è possibile sostenere che sia il bene illecitamente acquisito a divenire parametro dell'applicazione della misura ablatoria, non si può, contestualmente, negare che la pericolosità soggettiva rimanga necessariamente un presupposto indispensabile (“*ineludibile*”) di accertamento.

Ma ciò si presterebbe a riconsiderare un collegamento tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, che rischierebbe di mettere in discussione la stessa natura ripristinatoria e civile della confisca di prevenzione. Basti pensare agli effetti “definitivi” della misura patrimoniale rispetto alle misure personali sempre suscettibili di modificazioni nel tempo.

Prospettiva che non risponde alla *ratio* della giurisprudenza della Corte costituzionale, che affermando la natura ripristinatoria della confisca di prevenzione intende escluderne la natura sanzionatoria-punitiva, tenendola distinta dalla sfera penale.

²⁷ Su tali aspetti, in partic., Corte Cass., Sez. U., 10281/2007; Corte Cass. pen., Sez. I, 15 dicembre 1984, n. 2842; Corte Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641. Vedi anche Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291.

²⁸ Vedi, in partic., la sentenza “Spinelli”, Sez. U., Corte Cass. pen., n. 4880/2015.

²⁹ In tal senso la sentenza Corte cost. 24/2019, nella quale, oltre ad affermare la “correlazione temporale” (tra l'altro sostenuta anche dalla Corte Suprema), si rileva il richiamo alla decisione della Corte EDU, 12 maggio 2015, Gogitidze e altri c. Georgia, la quale afferma che la misura ablatoria della confisca di prevenzione vada qualificata come una “*actio in rem*”, quindi quale misura di natura civile che persegue il fine di recuperare i beni illecitamente acquisiti.

³⁰ La Corte di Cassazione, Sez. U., sent. n. 4880/15 (Spinelli), parla di “oggettivizzazione”, in quanto la misura patrimoniale “*finisce, poi, con l'oggettivizzarsi, traducendosi in attributo oggettivo o “qualità” peculiare del bene, capace di incidere sulla condizione giuridica*”.

Rimane, comunque, il principio secondo cui, per un verso, l'”attualità” della pericolosità è richiesta per l'applicazione della misura di prevenzione personale mentre per la misura di prevenzione patrimoniale ci si deve riferire al periodo (storico) in cui la pericolosità si sia manifestata; dall'altro, pur essendo “*il giudizio di pericolosità generica presupposto ineludibile per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale*”, quando viene esclusa la sussistenza del requisito dell'attualità, “*in forza della risalenza nel tempo degli elementi sintomatici di pericolosità*”, può essere rigettata la misura di prevenzione personale ma, tuttavia, applicata la misura di prevenzione patrimoniale, in virtù della “correlazione temporale” e della “perimetrazione” del periodo di manifestazione della pericolosità, “*avendo riguardo al momento di iniziale e finale di manifestazione della pericolosità*”.³¹

7. La Corte costituzionale e la Corte EDU sulle misure di prevenzione patrimoniali.

A questo punto sembra interessante comprendere come la Corte costituzionale, anche in ragione delle pronunce della Corte EDU, abbia definito gli aspetti relativi alle misure di prevenzione patrimoniali e, in particolare, alla loro natura giuridica.³²

³¹ Così, sentenza Corte Cass. pen., Sez. II, n. 11846/2018.

³² In generale, sul dibattito in ordine alle misure di prevenzione riguardo alla Costituzione, alle norme convenzionali e al c.d. “dialogo fra le Corti”, vedi, in particolare, ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, p. 541 ss.; ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss. e in *Studi di diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 475 ss.; BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, p. 29 ss.; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Dir.*, vol XX, Treccani, 1996, p. 2 ss.; Branca, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1537 ss.; Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 225 ss.; POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 1 ss.; PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 33 ss.; MARONE, *Il difficile bilanciamento tra principio del contraddittorio e “tono istituzionale” nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quest. giust.*, 2019; BERNABAI, *Dialogo fra le Corti e giurisprudenza a confronto sulla controversa natura della sanzioni amministrative*, in *Quest. giust.*, 2019; ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il foro it*, 2012; RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno, Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in *www.diritticomparati.it*, 2011; SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in M. RUOTOLO (a cura di),

La sentenza della Corte costituzionale, che si pone come punto di riferimento decisivo, è la n. 24 del 2019, la quale trae origine sia dai principi costituzionali, sia dai principi convenzionali (CEDU).³³

Pertanto, si rivela opportuno individuare la natura giuridica delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, almeno come qualificata dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale.³⁴

In definitiva, si può ritenere che in ordine alla natura delle misure di prevenzione patrimoniali si è assistito ad una sostanziale convergenza tra le pronunce del giudice costituzionale e del giudice convenzionale, trovando nella natura civilistica il punto d'incontro.³⁵

Studi in onore di Franco Modugno, Napoli, 2011; TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009; SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentt. Nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009; LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008; CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007; ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Milano, 2004.

³³ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 1423/1956, nel testo in vigore sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 4, co. 1, lettera c), d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui è prevista l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel testo. Inoltre, l'illegittimità dell'art. 19 della l. n.152/1975, nel testo in vigore sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011, e dell'art. 16 d.lgs. n.159/2011, nella parte in cui stabiliscono l'applicazione ai suddetti soggetti delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

³⁴ In generale, il diritto "convenzionale" europeo (C.E.D.U. – Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) - entra nei giudizi di legittimità costituzionale del nostro sistema quale "norma interposta" tra la legge e la Costituzione (si vedano in tal senso le sentenze (gemelle) n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale), per cui la violazione della norma C.E.D.U. si traduce in una lesione dell'art. 117 Cost.. Sul rapporto tra le Corti e i giudici vedi, in generale, SCIARRABBA, *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Quest. Giust.*, 2019; GUARRAZZOTTI, *L'interpretazione conforme della Cedu; una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 16 ss.

³⁵ Tra gli altri, sulla natura in generale e sulla natura civile della confisca di prevenzione, anche criticamente, cfr. MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 421; CIVELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *Arch. pen.*, n. 2, p. 435; FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, n. 2, p. 427; DELL'OSSO, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in *Dir. pen.*, 2019, n. 7, p. 995.

La conclusione cui giunge la Corte costituzionale trova nell'art. 42 Cost. (oltre che nell'art. 41, sulla libertà di iniziativa economica) la base giuridica, funzionale anche a distinguere la misura ablativa dalla sfera penale, che trova altresì riscontro nell'ambito convenzionale, all'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU.

Nello specifico, l'art. 42 della Costituzione si riferisce al diritto di proprietà (e presuppone la sua tutela), così come l'art. 1 del Prot. addiz. CEDU riguarda la "protezione della proprietà", anch'esso quale diritto riconosciuto e garantito.

In questo quadro, in particolare, le sentenze della Corte EDU de Tommaso c. Italia (2017) e Gogitidze c. Georgia (2015) assumono particolare rilievo.³⁶

La prima, nella definizione dell'ambito applicativo delle misure di prevenzione personali, per l'effetto che producono anche nei riguardi delle misure di prevenzione patrimoniali, esigendo precisione, chiarezza, tassatività – anche in ordine alla prevedibilità della legge e delle misure –, al fine di limitare la discrezionalità del giudice e di affermare le garanzie del giusto processo; la seconda si distingue per aver offerto (sebbene con riferimento ad altro Stato) una specifica indicazione in ordine alla natura della misura ablatoria della confisca di prevenzione, qualificandola quale "*actio in rem*" civile, come misura che tende al recupero del bene illecitamente acquisito e, quindi, misura ripristinatoria della legalità³⁷

In tal senso, dunque, le pronunce della Corte EDU offrono alla Corte costituzionale la possibilità (o l'opportunità) di definire e legittimare l'ambito applicativo delle misure di prevenzione patrimoniali, anche con riguardo alla loro natura giuridica, consentendole di rimanere nell'ambito civile ed evitare di accedere all'idea della natura penale della misura.

Occorre, comunque, sottolineare che, pur se i principi espressi possono estendersi all'applicazione delle misure patrimoniali, la Corte EDU fa riferimento alla pericolosità generica e non alla pericolosità qualificata, che di per sé trova una determinazione in ordine a persone indiziate di reati specificamente indicati.

Non va, però, sottaciuto che la stessa Corte EDU, con riguardo alla confisca "urbanistica" (non di prevenzione), ne ha dato una qualificazione come "sanzione

³⁶ Sulla pronuncia della Corte europea v., in partic., VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 3 marzo 2017, e MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità delle "legge", ma una rondine non fa primavera*, *ivi*, 6 marzo 2017. Inoltre, PELISSERO, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2019, n. 10, p. 1148.

³⁷ Vedi LINARES, ANNICCHIARO, MESSINA, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, in *www.sistemapenale.it*, 11 settembre 2020.

penale”, seppure applicabile anche in caso di sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione.

La Corte EDU ha, comunque, precisato che qualunque sia la natura giuridica affermata dalla giurisprudenza o dalla legislazione interna degli Stati contraenti – e, dunque, “*in qualunque modo etichettata*” – in quanto attratta nell’alveo della materia penale convenzionale, “*comporta un unico, fondamentale obbligo per lo Stato parte: quello di garantire che in relazione a tale misura siano applicate le garanzie che la Convenzione riconosce alle sanzioni penali; nel caso di specie, quelle derivanti dall’art. 7 CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU*” (decisione Sud Fondi c. Italia, 2008).

Con tale indirizzo – che si ritiene possa assumere carattere generale - la Corte EDU sembra voler affermare che qualunque sia la qualificazione, “amministrativa”, in certi casi, o “civile”, in altri, lasciata al diritto di scelta del legislatore interno (“*nell’esercizio del loro (Stati) potere discrezionale*”), se si rimane alla sostanza del provvedimento, l’applicazione della misura ablativa deve rispettare quel nucleo minimo di garanzie convenzionalmente previste e tutelate.

Quanto alle misure di prevenzione patrimoniali, la Corte EDU le ha ritenute compatibili con il diritto convenzionale e con la Costituzione, proprio per la finalità di protezione dell’interesse pubblico.

In tal modo, anche la confisca di prevenzione applicata nei confronti dei beni acquisiti dalle organizzazioni mafiose, risulterebbe compatibile in quanto applicata allo scopo di impedire un uso illecito e pericoloso per la società e di ripristinare, dunque, la legalità.

La Corte costituzionale, dal canto suo, con la sentenza n. 24/2019, in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca ha basato la sua motivazione in chiave civilistica, assumendo come parametro del suo giudizio l’art. 42 Cost., riguardante la tutela del diritto di proprietà.³⁸

Da tale punto di vista, dunque, la misura di prevenzione patrimoniale si connota di una natura “ripristinativa”, atteso che mira a sottrarre al soggetto pericoloso la disponibilità di un bene acquisito con atti e modalità non conformi all’ordinamento giuridico, in quanto ritenuto frutto di attività criminose.

Quindi, secondo la Corte costituzionale, l’ablazione del bene per prevenzione non avviene in quanto si accerti essere frutto di un reato ma perché acquisito nelle forme d’acquisto contrarie a quelle richieste dall’ordinamento.

Da tale assunto la Corte costituzionale può consentirsi di affermare che la misura di prevenzione patrimoniale non è una sanzione penale – che comporterebbe diversi presupposti e precise garanzie sostanziali e procedurali – ma che si tratta di

³⁸ Cfr. PIVA, *Misure di prevenzione-Corte cost.*, n. 24 del 2019, Arch. Pen., in *Giur. Cost.*, 2019.

una misura “civile”, appunto, ripristinatoria, che, in qualche modo, richiama la qualificazione di “*actio in rem*” sostenuta dalla Corte EDU (sentenza Gogitidze c. Georgia, 2015).³⁹

8. Dalla legge Rognoni-La Torre al Codice antimafia, nel segno dell’efficienza

Il sequestro e la confisca, quali atti delle misure di prevenzione, sono stati introdotti nell’ordinamento giuridico italiano con la legge n. 646 del 1982 – la c.d. “Legge Rognoni–La Torre” -, la quale ha provveduto altresì ad inserire all’interno del codice penale l’art. 416 *bis* (associazione di tipo mafioso), divenuto anche riferimento per l’applicazione delle suddette misure.

Si tratta di una riforma che, certamente, ha colto nel segno l’obiettivo prefigurato, offrendo uno strumento efficiente ed efficace per la lotta alla criminalità organizzata, tanto da provocare una reazione “violenta” che giunge al sacrificio – per mano della mafia – dello stesso autore della Legge, ovvero Pio La Torre.

L’introduzione delle misure di prevenzione e, in particolare, delle misure di prevenzione patrimoniali, ha conseguentemente messo a disposizione una serie di strumenti fondamentali della lotta alla mafia (e a tutte le organizzazioni del genere), pur nella consapevolezza del legislatore – così come della magistratura – di sacrificare taluni principi e diritti che caratterizzano il processo penale e il diritto penale sostanziale che, fino a quel momento, avevano trovato un’applicazione esclusiva.

Di conseguenza, comincia ad assumersi come prevalente l’esigenza di “efficienza” in luogo delle garanzie tipiche della materia penale, che conduce all’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali anche “senza reato” o “senza condanna”.

Orbene, nel tempo, è venuta meno persino la necessaria correlazione tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, per cui l’applicazione di queste ultime è diventata *autonoma*, prescindendo dalla previa applicazione delle misure personali.⁴⁰

³⁹ Vedi, sulla “etichetta”, MOCCIA, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette*, in *Dir. e proc. pen.*, 2021. Inoltre, MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalla Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2015.

⁴⁰ L’idea di superare l’applicazione congiunta delle misure di prevenzione personale e patrimoniale e di accedere al criterio dell’indipendenza si deve anche al lavoro (presentato nel marzo 2001) svolto in sede di Commissione ministeriale, presieduta dal prof. FIANDACA (1998-2001) e dalla Commissione d’inchiesta parlamentare sul fenomeno della criminalità organizzata di tipo mafioso, la cui relazione è stata approvata nella seduta del 27 novembre 2007.

Dunque, può affermarsi che il procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale diventa *autonomo*, rispetto alla misura personale, ed *independente*, rispetto al processo penale.

Si tratta di un sistema che, se osservato da un punto di vista prettamente giuridico (e non, dunque, politico, nel senso delle pur comprensibili e condivisibili “politiche criminali”), inevitabilmente finisce per sollevare alcune profonde perplessità circa la coerenza con i principi costituzionali e dello Stato di diritto.

Invero, con l'introduzione del Codice antimafia e delle misure di prevenzione (CAM, d.lgs. 159 del 2011, modificato con la legge n. 161 del 2017, divenuto in seguito un vero e proprio Testo Unico in materia, sebbene esteso anche ad altre figure di reato), i presupposti e i criteri elaborati per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali prevedono:

che vi siano *indizi* in ordine all'appartenenza del proposto all'associazione mafiosa;

che il proposto sia un soggetto ritenuto *socialmente pericoloso*;

che si ravvisi una *sproporzione* tra reddito dichiarato e patrimonio disponibile;

che il proposto non riesca a provarne la *legittima provenienza*.

Il tutto – ed è questo il punto critico – senza che occorra la sussistenza o la contestazione di un reato e senza che vi sia una condanna, prevedendo – altresì – che sia lo stesso proposto a dover provare la “coerenza” patrimoniale (proporzione) e la sua legittima provenienza, di fatto, con conseguente inversione dell'onere della prova, anche se affievolito dalla definizione di “onere di allegazione”.

Pertanto, si delinea – diversamente che nel processo penale e da quanto sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione che, invece, si riferisce ad un “onere di allegazione”⁴¹ – se non proprio una inversione dell'onere della prova, una sostanziale “distribuzione” dell'onere della prova, tra il Pubblico ministero e il proposto.

⁴¹ Vedi, spec., sent. Corte Cass. pen., Sez. II, n. 30974/2018, secondo la quale “*Deve adottarsi una lettura costituzionalmente orientata, che implichi un giudizio di pericolosità fondato su elementi tassativi e determinati, nonché su fatti sintomatici collegati ad elementi certi (e non a meri sospetti). Tali elementi devono essere provati dal Pubblico Ministero, non sussistendo una vera e propria inversione dell'onere della prova; sull'interessato grava invece un mero onere di allegazione, volto a smentire l'impostazione accusatoria*”. Inoltre, Corte Cass. pen., Sez. I, n. 637/2016, che aveva già sostenuto che “*In tema di confisca di prevenzione, la presunta illecita provenienza dei beni ha natura di presunzione relativa e per l'assolvimento dell'onere probatorio posto a carico del soggetto inciso è sufficiente la mera allegazione di atti, situazioni o eventi che, ove riscontrabili, siano idonei, “ragionevolmente e presumibilmente”, ad indicare la lecita provenienza (Sez. U., n. 4880 del 26/06/2014-dep. 02/02/2015, Spinelli ed altro, Rv 262607: “La Suprema Corte, in applicazione del suddetto principio di diritto, ha precisato che, ciò che assicura la conformità del sistema acquisitivo dei*

In ogni caso, è la parte pubblica ad essere chiamata a dimostrare la sproporzione tra i beni acquisiti o detenuti dal proposto e il suo reddito così come la stessa provenienza illecita dei beni, mentre al proposto viene “riconosciuto” l’onere di allegazione di fatti, situazioni o eventi che possano dimostrare la lecita provenienza dei suoi beni.⁴²

Infatti, alla presunzione, in base ad “indizi”, su cui si fonda la richiesta di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, si collega l’onere di allegazione in capo al proposto.

Ma l’aspetto critico emerge dal fatto che mentre nel processo penale l’onere della prova (del PM) non comporta una conseguenza in caso di prova mancata e, nel dubbio, ex art 530 c.p.p., si ha l’assoluzione, invece, nel procedimento di prevenzione nel dubbio (o in caso di mancata allegazione da parte del proposto), si produce un effetto negativo per il proposto, con l’applicazione della misura ablatoria, per presunzione.

Ciò si verifica, nonostante la S.C. – richiamando i principi già assunti nelle sue precedenti pronunce – ribadisca che “*il giudizio di pericolosità, in un’ottica costituzionalmente orientata, si fonda sull’oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, senza alcuna inversione dell’onere della prova a carico del proposto, essendo incentrati sul meccanismo delle presunzioni in presenza di indizi, i quali devono essere comunque provati dalla pubblica accusa, rimanendo a carico dell’interessato soltanto un onere di allegazione per smentirne l’efficacia probatoria*” (SS. UU., 25 marzo 2010 n. 13426, Cagnazzo; Sez. 2 26235/2015, rv. 264387; Sez. 6, 44608/2015, rv. 265056).⁴³

Dunque, nell’ambito del procedimento di prevenzione, svolto fuori dal processo penale, la richiesta di applicazione della misura ablatoria si basa sull’acquisizione di un bene che si presume (ma non si prova) essere illecita, effettuata da parte di un soggetto pericoloso socialmente.

Un sistema che, peraltro, si aggrava ulteriormente quando a dover dimostrare la legittima provenienza patrimoniale o la legittimità delle attività siano gli eredi, ai quali si estendono gli effetti delle misure di prevenzione, utilizzando – in ogni caso – il criterio della “correlazione temporale”.⁴⁴

beni sottoposti a prevenzione ai parametri costituzionali ed ai principi dell’ordinamento sovranazionale, è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende la prevenzione “de qua” meramente relativa”. Vedi anche Corte Cass. pen., Sez VI, n. 41203/2017 e Sez. II, n. 8920/2017.

⁴² In tal senso, vedi, in partic., Corte Cass. pen., Sez. VI, n. 41203/2017.

⁴³ Sent. Corte Cass. pen., Sez. II, n. 11846/2018.

⁴⁴ Oltre alle altre ricordate, vedi, sul punto, in partic., sentenza Corte Cass. pen., Sez. VI, n. 579/2016 e Sez. U., 12621/2017,

Dunque, a fronte della necessità ed efficienza che la lotta alla criminalità organizzata richiede, un approccio coerente con il diritto in senso stretto non può evitare di far emergere perplessità sul modo in cui sia stato concepito ed applicato il sistema delle misure di prevenzione, nonostante, nel tempo, si sia. Effettivamente, assistito ad una revisione – e, in qualche misura, correzione – dei criteri di accertamento dei presupposti necessari per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.

Ora, il punto è giungere ad ammettere che la politica criminale – con tutte le sue comprensibili esigenze ed i suoi obiettivi – possa, comunque, in tal modo legittimamente derogare alle garanzie ed ai diritti cui risponde l'ambito penale, ispirato dai principi costituzionali del diritto alla difesa, del giusto processo, della responsabilità penale personale e della presunzione di innocenza.

Invero, i principi del “diritto penale del nemico” o della “tolleranza zero” – che sono stati giustificati in altri ambiti (come quello terroristico, di gravi situazioni sociali, ecc.) – mutuandoli, diventano la *ratio* attraverso cui è possibile efficacemente e ad ogni costo contrastare anche la criminalità organizzata e si rivelano funzionali sul piano degli effetti sociali ed economici.

Tuttavia, è innegabile – come anzidetto - che non fanno altro che alimentare più di una perplessità quando – di fatto e non solo – consentono di derogare allo Stato di diritto e rischiano di minare i diritti fondamentali che proprio nel diritto penale e nelle garanzie processuali penali trovano la loro attuazione effettiva e diretta.

D'altro canto, un sistema “extra-penale”⁴⁵ non può in alcun modo giustificarsi soltanto in quanto via più semplice o più efficace per raggiungere i risultati predisposti (in tal caso, evidentemente, punitivi), senza dover passare per il processo penale, certamente più complesso.

Ragionando in tal modo, dunque, si rafforzano le critiche al sistema di prevenzione, soprattutto sotto il profilo dell'affievolimento delle garanzie processuali rispetto all'ambito penalistico, tanto da far ritenere il processo di prevenzione quale “surrogato” del processo penale.

Quanto detto, infatti, è stato sostenuto da una parte della dottrina, secondo cui “a ben vedere, dunque, le misure c.d. di prevenzione non sono, in realtà, *sine* o *praeter delictum*, ma, più esattamente, *sine* o *praeter probationem delicti*: esse hanno cioè come presupposto la partecipazione di un soggetto ad un'associazione di tipo mafioso o equiparata ovvero la sussistenza di indizi relativi a determinati delitti,

⁴⁵ In tal senso, cfr., MAUGERI-PINTO DE BUQUERQUE, *La confisca preventiva nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (C. cost. 24/2019), in *Sistema penale*, 2019; CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, Torino, 2011.

che solo l'insufficienza della prova impedisce di attribuire alla responsabilità penale del prevenuto, ma che l'ordinamento sanziona con il succedaneo o surrogato della misura di prevenzione".⁴⁶

9. I criteri giustificativi delle misure di prevenzione

Non v'è dubbio che la tendenza giurisprudenziale e, ancor di più, quella legislativa sia verso un sistema che consideri più efficace colpire il patrimonio piuttosto che disporre misure di prevenzione personali.⁴⁷

Tuttavia, fino a quando la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali sarà lasciato fuori dall'ambito penale e, dunque, dalle relative garanzie, è la stessa esistenza di tali misure che rischia di essere messa in discussione dal punto di vista della coerenza con i principi costituzionali.

Ed invero, se si guarda a come tali misure di prevenzione abbiano trovato e continuato a trovare giustificazione da parte del legislatore – oltre che da parte della giurisprudenza anche costituzionale –, ci si rende conto che le ragioni dell'efficienza e dell'esigenza di agilità nell'applicazione delle suddette misure hanno prevalso sull'esigenza del poter disporre di garanzie processuali e persino costituzionali, quasi accettando l'antico detto "il fine giustifica i mezzi".

È indubbio che nessuno possa ritenersi contrario ai fini predisposti in tal senso. Ma si può ritenere, comunque, possibile discutere e trovare soluzioni capaci di riaffermare – concretamente – le garanzie già a fondamento del sistema penale?

⁴⁶ Così, CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, cit., p. 15, la quale, valutando il Codice antimafia, d.lgs. 159/2011, sostiene che "La correttezza di tale lettura interpretativa trova oggi conferma nella struttura normativa elaborata nel Codice delle leggi antimafia, ove, infatti, in luogo della elaborata locuzione contenuta nell'art. 1, l. n. 575/1965, si individuano tra i primi destinatari delle misure di prevenzione i soggetti «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.» (ossia «Associazioni di tipo mafioso, anche straniere») (art. 4, comma 1, lett. a), Codice delle leggi antimafia), determinando una integrale sovrapposizione tra i precetti dettati in sede di repressione penale e quelli nell'ambito della c.d. prevenzione criminale. Risulta così evidente che le misure di prevenzione non hanno in realtà una funzione puramente preventiva, bensì repressiva della sospettata partecipazione all'associazione criminale o degli indizi di reità, per i quali, non essendovi la prova per la condanna penale, è prevista la sanzione della misura di prevenzione personale e/o patrimoniale".

⁴⁷ Cfr. LENZI, *Il sequestro e la confisca nel codice antimafia: previsioni, restituzione, restrizione e riscossione*, in *Il Codice antimafia* (a cura di Fabio Cassibba), Giappichelli, Torino, 2019, p. 46, che rileva come "La tendenza, insomma, è verso un sistema punitivo nel quale – anche in virtù di stimoli sovranazionali in tal senso – l'aggressione ai patrimoni, più ancora che quella alla libertà personale, è considerata lo strumento più efficace nella "lotta al crimine"".

Ebbene, accantonando – per un momento - l'indiscutibile efficacia di tali strumenti nei confronti della criminalità organizzata, non appare facile negare che il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali sia stato volutamente posto al di fuori o, se si ritiene, distinto dal processo penale, fino a prescindere, eludendo – di fatto – il rispetto dei principi della presunzione di innocenza e, ad esempio, nel caso dell'estensione degli effetti agli eredi, il principio della personale responsabilità penale di cui all'art. 27 della Costituzione, senza voler richiamare, ulteriormente, altri principi (l'art. 24 della Costituzione relativo al diritto alla difesa, anche con riferimento all'inversione dell'onere della prova, come l'art. 111 della Costituzione, sotto il profilo del giusto processo, che si riferisce al processo penale e alle sue garanzie), che non possono non coinvolgere il processo di prevenzione.

Cosicché, quando si parla di “truffa delle etichette” lo si fa per l'innegabile evidenza di misure che si rivelano, in concreto, afflittive e applicate con procedure autonome rispetto al procedimento penale e, per tale ragione, qualificate dalla giurisprudenza interna, anche costituzionale, come amministrative o di natura civilistica.

Un criterio (o artificio giuridico), quest'ultimo, che serve ad affermare l'estraneità di tali misure rispetto all'ambito penale, così da poterne giustificare la legittimità costituzionale e, dunque, un regime applicativo privo di quei limiti e garanzie del processo penale.

Misure che, in effetti, meriterebbero procedimenti attinenti all'ambito penale, con adeguate garanzie in termini di difesa del proposto e di dimostrazione della prova da parte del proponente.

D'altro canto, la stessa Corte EDU ha riconosciuto la compatibilità delle misure di prevenzione patrimoniali alla Costituzione e ai principi affermati dagli articoli 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ritenendole – almeno con riguardo al sistema italiano - fuori dalla categoria sanzionatoria.

Nella sentenza Spinelli (n. 4880/2015) la Corte di Cassazione sottolinea come “*Proprio con riferimento alla confisca di prevenzione italiana, numerose pronunce della stessa Corte EDU hanno escluso l'operatività dei principi di irretroattività e del ne bis in idem dettati per la materia penale dall'art. 7 della Convenzione*”, pur rilevando che la disciplina del “*giusto processo (di cui all'art. 6 CEDU) non è riservata all'ambito della “materia penale”*”.⁴⁸

Pertanto, in ordine all'art. 6 CEDU e al principio che in esso viene affermato, sembra che si intenda precisare che, sul piano processuale e delle garanzie,

⁴⁸ Sulla scorta delle sentenze della Corte EDU, in partic., vedi 08/06/1976, Engel c. Paesi Bassi; 09/01/1995, Welch c. Regno Unito; 30/08/2007, Sud Fondi c. Italia.

qualunque procedimento giudiziario, comunque lo si voglia qualificare - quindi anche quello di prevenzione -, merita le garanzie e le tutele del giusto processo.⁴⁹

In tal senso, non si può, comunque, non ammettere che le ragioni e le finalità delle misure in oggetto hanno ormai prevalso persino sui principi costituzionali di garanzia, in modo da rendere agevole l'attività giudiziaria e, in particolar modo, quella del Pubblico ministero e della Sezione misure di prevenzione del Tribunale che, se così non fosse, verrebbero "frenate" dalle ordinarie procedure e garanzie previste dal processo penale.⁵⁰

Così facendo, non può che determinarsi il diffondersi del detto criterio anche in altri sistemi giudiziari stranieri, laddove però - per evitare il principio del *due process of law* (penale) - misure di tal genere vengono collocate nell'ambito civilistico (così, nel modello anglosassone) o, come nel sistema tedesco, condizionando la confisca - anche senza condanna - al previo sequestro disposto durante il processo penale.

Infatti, per esempio, nel caso degli Stati Uniti d'America (pur considerando le diversità tra Stati) si è sempre più consolidata l'applicazione - sebbene ampiamente criticata in dottrina - del *civil forfeiture*, simile alla nostra confisca di prevenzione.⁵¹ Si tratta di un procedimento civile nei confronti di beni la cui acquisizione o detenzione riguardano comportamenti penalmente rilevanti, atteso, comunque, che provengono da un reato.⁵²

Una soluzione giuridicamente argomentata, che - al pari delle ragioni giustificatrici del procedimento di prevenzione patrimoniale - consente di eludere l'ambito penale e le sue garanzie, compreso l'onere probatorio di tipo penale.

In tale strumento statunitense, seppur circoscritto all'ambito civilistico, indizi e presunzioni della provenienza illecita dei beni - pur in assenza di condanna - costituiscono il "necessario" presupposto per il procedimento patrimoniale di natura civile "sviluppato come un' *actio in rem*".⁵³

⁴⁹ Come ricorda la Corte Cassazione, così viene affermato dalla Corte EDU nelle sentenze 17/05/2011, Capitani e Campanella c. Italia; 02/02/2010, Leone c. Italia; 05/01/2010, Bongiorno c. Italia; 08/07/2008, Perre c. Italia; 13/11/2007, Bocellari e Rizza c. Italia.

⁵⁰ Cfr. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., p. 137-138.

⁵¹ Per uno specifico raffronto, vedi TRINCHERA, *Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*, in *Dir. pen. contemp.*, Riv. trim., 2020, n. 2, p. 164.

⁵² Vedi FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi del reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, in *Criminal Justice Network*, 2018, p. 426. Inoltre, TRINCHERA, *Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*, in *Sistema penale*, 2020.

⁵³ In tal modo, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, Ius/Pisa-University Press, cit., p. 118-121. Al contrario, sulla natura civilistica

10. Il procedimento di prevenzione indipendente senza le garanzie penali

L'indipendenza e l'autonomia dei procedimenti (di prevenzione e penale) può condurre ad un risultato – potremmo dire – divergente, nonostante ci si trovi innanzi ai medesimi fatti.

Ed invero, si potrebbe assistere ad un'assoluzione in sede penale e, parallelamente, all'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale in sede, appunto, di prevenzione.

Ebbene, alla luce di quanto detto, il quesito che si pone è come sia possibile che un soggetto non condannato per un determinato fatto possa, per altro verso, subire un sequestro di prevenzione per i medesimi fatti per cui si è proceduto in sede penale; o come – più radicalmente – possa giustificarsi un sequestro di prevenzione (o, addirittura, la confisca) nei confronti di beni di un soggetto che non sia neppure indagato.

Il Codice antimafia del 2011, infatti, prevede espressamente che la misura ablativa possa essere applicata anche se al momento dell'applicazione non sussista la pericolosità sociale del proposto, ma deve sussistere una “correlazione temporale” tra la pericolosità e l'acquisizione illecita del bene.⁵⁴

Resta il fatto che i due procedimenti si svolgono in modo autonomo, determinando che un soggetto possa andare esente da sanzioni penali e, contemporaneamente, subire l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, pur stando di fronte alle medesime contestazioni fondate sui medesimi elementi di prova.

Senza considerare “l'ereditarietà” delle misure reali di prevenzione, che seguono il bene e – dunque – colpiscono gli eredi, non responsabili penalmente, bensì “beneficiari”, sul piano patrimoniale, di beni ritenuti di illecita provenienza.

Da ciò si rileva che il sistema di prevenzione si riferisce – ed in ciò troverebbe la sua giustificazione – alla pericolosità intrinseca del bene confiscato e di chi lo ha acquistato e non anche alla pericolosità del soggetto che ne ha assunto in seguito la disponibilità, anche se per via “ereditaria”, atteso che nell'applicare la misura ablativa si deve valutare la pericolosità del soggetto che ha acquistato il bene ritenuto illecito, risalendo al periodo dell'acquisizione.

delle misure di prevenzione patrimoniali, vedi, oltre alla sent. 24/2019 C. cost., VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2018, p. 640 ss.

⁵⁴ L'art. 18 del d.lgs. 159/2011 (anche a seguito della modifica del 2017) prevede che “1. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione”.

E ciò, nonostante le Sezioni Unite della Corte di Cassazione abbiano ribadito – nel 1995 – come la pericolosità non necessariamente sia un carattere insito nella cosa in sé in quanto tale, ma dipenda piuttosto dalla relazione tra il bene e l’agente, dunque da come venga utilizzato e da come sia stato acquisito⁵⁵

Tuttavia, al di là di tutto ciò, resta ferma la tesi della pericolosità del bene in sé, della sua provenienza illecita e del valore sproporzionato, oltre che degli indizi di reità.

Dunque, ad oggi, ciò che era un’eccezione è diventato la regola: la confisca di prevenzione è sempre applicabile mediante un procedimento “indipendente” rispetto a quello penale e prescinde dall’accertamento della pericolosità sociale “attuale”, basandosi su meri indizi di colpevolezza.

11. L’applicazione della misura di prevenzione senza la pregiudiziale penale

Come detto in precedenza, le misure di prevenzione patrimoniali nascono dall’esigenza di contrastare le associazioni criminali di tipo mafioso e, specificamente, il patrimonio che dette associazioni acquisiscono conseguentemente alle attività delittuose da queste poste in essere.

Evidentemente, non si è ritenuto sufficiente colpire il patrimonio - nel corso dell’accertamento del reato - attraverso le misure cautelari reali, già previste dal codice di procedura penale, come il sequestro preventivo e la successiva confisca.

Secondo la politica criminale del legislatore, serviva (e serve) attaccare il patrimonio prescindendo dalla necessità di dimostrare, mediante un processo penale, che quel determinato patrimonio o quel determinato bene provenissero da quello specifico delitto.

Dunque, era necessario svincolare la misura reale dalla pregiudiziale penale e, se possibile, concepire un procedimento autonomo ed indipendente da quello penale.

Nascono così – come già ricordato – la legge Rognoni-La Torre e in seguito il Codice antimafia e delle misure di prevenzione (CAM) del 2011, modificato, poi, nel 2017.

Ebbene, fino al 2008, l’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali era dipesa dall’applicazione della misura di prevenzione personale che, a sua volta, si basava sul riscontro della pericolosità sociale del proposto.

In tal modo, si cominciava a delineare un sistema in cui non vigeva più la pregiudiziale penale, bensì permaneva la pregiudiziale personale della pericolosità sociale.

⁵⁵ Che rimane una relazione tra il bene (illecito) e il soggetto proposto è confermato dalla stessa Corte Cass. più recente, Sez. II pen., n. 1049/2019 e n. 3097/2018.

Un sistema, dunque, quest'ultimo, che adottava l'applicazione congiunta delle misure di prevenzione - di cui una era "accessoria" rispetto all'altra - nel quale la misura di prevenzione personale si poneva quale principale nonché come presupposto della possibile ulteriore misura di prevenzione patrimoniale (accessoria).

Già con i c.d. "pacchetti sicurezza" (d.l. n. 92/2008 e n. 94/2009), confluiti poi nel Codice antimafia del 2011 (in sostanza, divenuto un T.U. sulle misure di prevenzione, attesa l'espansione a vari fenomeni criminali, differenti da quello mafioso), era stato introdotto il principio dell'autonomia e dell'indipendenza delle misure personali e patrimoniali, facendo venir meno il summenzionato criterio accessorio e pregiudiziale, ed altresì quello secondo cui la pericolosità sociale del soggetto - anche in caso di morte - dovesse riferirsi al periodo in cui si era manifestata e non anche al momento della richiesta di applicazione della misura di prevenzione.⁵⁶

In altri termini, si afferma che le misure patrimoniali possano essere applicate, indipendentemente dall'applicazione della misura personale e dalla pericolosità sociale ("attuale") del soggetto "al momento" della proposta della misura.

Dunque, si sostiene il principio secondo cui l'ablazione del patrimonio o del bene non dipende dalla pericolosità sociale del soggetto che lo detiene e neanche dalla pericolosità del bene in sé, bensì dall'interesse generale alla *lecita provenienza* del bene, ovvero, dalla circostanza che il bene non sia stato acquisito illecitamente.⁵⁷

In tal senso, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione ed altresì della Corte EDU, l'applicazione di tale misura reale si giustifica in quanto "riparatoria", "preventiva", idonea a ripristinare una situazione di

⁵⁶ L'art. 18, comma 1, della l. 161/2017 (Codice antimafia) prevede che: "1. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione".

⁵⁷ Vedi, in tal senso, MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in *Leggi penali tra regole e prassi*, Collana diretta da A. Scalfati e M. del Tufo, Torino, 2017, p. 14 e ss, in cui si afferma che "L'art. 24 del d.lgs. n. 159/2011 (n.d.r., non modificato dalla l. 161/2017, nuovo CAM) consente la confisca solo dei beni che, con onere della prova a carico dell'accusa, "risultino" essere il frutto o il reimpiego dei profitti di origine illecita, o che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica del proposto"

legalità, a fronte del fatto che senza quell'acquisizione illecita il soggetto non avrebbe potuto goderne.⁵⁸

Se si pone l'attenzione sulla natura argomentativa della giurisprudenza, sia secondo l'assunto della Corte costituzionale, sia secondo quello della Corte EDU, si tratterebbe di un aspetto più civilistico che penalistico.

Ed invero, come affermato dalla Corte EDU, il diritto di proprietà (ex art. 41 Cost.), come il diritto di libertà di impresa (ex art. 42 Cost.), possono essere limitati a fronte di un interesse pubblico superiore o prevalente che, nel nostro caso, riguarda l'interesse generale alla lecita provenienza ed acquisizione del bene.

Le suddette argomentazioni e premesse conducono al cuore del problema: la giurisprudenza (costituzionale, *in primis*) riconosce alla misura di prevenzione patrimoniale (sequestro e confisca) natura *ripristinatoria* e *riparatoria*, ma non una natura sanzionatoria ed afflittiva.⁵⁹

Si tratta di una posizione criticata dalla dottrina, che vede in tale soluzione una sorta di "espediente" per legittimare costituzionalmente la misura di prevenzione, atteso che, se mantenesse la natura sanzionatoria, verrebbe, invece, ad assumere un profilo in contrasto con i principi costituzionali, proprio in quanto non presenterebbe le garanzie previste dalla materia penale.⁶⁰

12. La natura della misura patrimoniale e la correlazione temporale

Per sostenere la natura non sanzionatoria della misura di prevenzione patrimoniale è opportuno affermare, da un lato, l'autonomia della misura rispetto alla pericolosità sociale del soggetto detentore del bene – comunque destinatario, di fatto, della misura – e, dall'altro, però, si sostiene che ai fini dell'applicazione della misura patrimoniale occorre, almeno in via incidentale, verificare la condotta del soggetto che ha acquisito il bene (in altri termini, la sua pericolosità "storica") per

⁵⁸ Vedi, in partic., sentenza Corte EDU del 25 agosto 2015, Cocucci-Sabatelli, n. 29797/09. Sul punto, cfr. DI PAOLA, *La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione. L'ultima frode delle etichette?*, in *Diritto di difesa*, 3 giugno 2020.

⁵⁹ MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, cit., p. 14 e ss.

⁶⁰ MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, cit., p. 14 e ss., il quale sottolinea che "accogliendo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, si nega che l'indiziato assuma la qualifica di accusato, si evidenzia che il procedimento preventivo è autonomo rispetto al procedimento penale e non implica un giudizio di colpevolezza, si nega che la confisca costituisca "in sostanza" una sanzione penale, rilevante ai fini della Convenzione".

poter almeno presumere l'illecita provenienza o acquisizione del bene, in base alla "correlazione temporale".⁶¹

Si profila, dunque, uno schema – potremmo dire – curioso. In particolare: per applicare la misura di prevenzione patrimoniale bisogna verificare l'illecita provenienza del bene. L'illecita provenienza può, però, essere presunta solo se si riscontra una pericolosità sociale "storica", ovvero non (necessariamente) accertata al momento dell'applicazione della misura bensì rapportata al momento dell'acquisizione del bene, quale "diretta derivazione causale".⁶² Tanto è vero che la giurisprudenza ha dovuto ribadire l'"ineludibile" ed "indispensabile" accertamento della pericolosità sociale, quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.

Da ciò, dunque, discende, però, che – pur permanendo l'autonomia tra misura di prevenzione personale e misura reale – viene meno l'indipendenza del rapporto tra l'elemento soggettivo (pericolosità) e quello patrimoniale che – di fatto – riafferma, seppur in via incidentale, una sostanziale pregiudizialità. Sembra che per evitare la natura "penale" della misura di prevenzione patrimoniale ci si aggrappi all'elemento "oggettivo" della illecita provenienza del bene, per poi dover ammettere che la misura patrimoniale ha, comunque, necessità di trovare nell'aspetto "soggettivo" il presupposto – appunto, ineludibile – per l'applicazione.

Orbene, se non viene meno la correlazione tra il bene illecitamente acquisito ed il soggetto pericoloso, la misura di prevenzione patrimoniale configura la natura sanzionatoria o no?

La risposta della giurisprudenza – persino della Corte costituzionale – appare, in un certo senso, elusiva in riferimento all'aspetto soggettivo, atteso che si fonda sull'affermazione secondo cui la misura è "ripristinatoria" e "preventiva", adottata per evitare che i beni siano destinati a pratiche illecite o per ripristinare la legalità del bene, vista la sua acquisizione illecita, tutelando in tal modo l'interesse

⁶¹ MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, cit., p. 38 e ss.

⁶² La Corte di Cassazione penale, Sez. VI, nella sentenza n. 53126/2014 ha affermato che "la "ragionevole correlazione temporale" tra l'acquisto del bene e il momento di accertata pericolosità sociale del proposto (necessaria per evitare il rischio di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni) non esclude affatto che possa procedersi alla confisca anche dei beni acquisiti in epoca anche di gran lunga successiva alla cessazione delle condizioni di pericolosità soggettiva, allorquando il giudice dia conto di una pluralità di indizi fattuali altamente dimostrativi che dette acquisizioni patrimoniali siano la diretta derivazione causale della "provvista" formatasi nel periodo di illecita attività".

generale, a tutela, dunque, del diritto di proprietà (art. 42, Cost.) e di impresa (art. 41, Cost.).

Una *ratio*, quest'ultima, che – come sottolineato dalla dottrina - rivela un atteggiamento di “equilibrismo politico volto a preservare l'efficienza di tali misure”, attraverso un procedimento extra-penale.⁶³

Con la nota (e ricordata) pronuncia n. 24/2019, la Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento, sostenendo la finalità *preventiva e ripristinatoria* della misura di prevenzione patrimoniale.

Invero, secondo la Corte, la confisca di prevenzione non ha natura sanzionatoria, ma costituisce la naturale conseguenza dell'illecita acquisizione del bene, che determina “*un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità (...) risultando fin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico*”.⁶⁴

Prosegue la Corte, “*non può dunque ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni contra legem, sicché nei confronti dell'ordinamento statale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità*”.

Quindi, concludendo, “*la confisca non ha lo scopo di punire la persona per la propria condotta (...) bensì, più semplicemente, quello di far venire meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico o comunque a far sì che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere*”.

Da ciò, non può farsi a meno di rilevare, comunque, la connessione tra il bene e il soggetto che lo ha acquisito o lo detiene (anche indirettamente), sebbene, presumibilmente, in modo illecito.

13. La “funzionale” assimilazione della confisca allargata alla confisca di prevenzione

D'altra parte, anche nella c.d. “confisca allargata”⁶⁵, di cui all'art. 240-*bis* c.p. (non riferita a “quel” bene determinato, bensì al patrimonio del soggetto), si ricorre alla *presunzione* – come affermato dalla Corte costituzionale – “*fondata, essa pure, sul*

⁶³ Vedi, in questo senso, MAUGERI-PINTO DE BUQUERQUE, *La confisca preventiva nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (C. cost. 24/2019), cit., in *Sistema penale*, 2019.

⁶⁴ Corte cost., sentenza n. 24 del 2019.

⁶⁵ Vedi, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali-La confisca allargata* (Art.- 240-Bis c.p.), Milano, 2019.

riscontro della sproporzione tra i beni da confiscare e il reddito o l'attività economica del soggetto che di tali beni risulta titolare o abbia a qualsiasi titolo la disponibilità e dei quali non riesca a giustificare l'origine lecita".

Ed ancora, come sostenuto dalla dottrina, la stessa introduzione della figura della confisca allargata ha incrinato, "per la prima volta, la necessità di distinguere se tali beni siano o meno collegati al reato presupposto".⁶⁶

Ma è la stessa Corte costituzionale a sostenere, esplicitamente, che tale strumento ablativo è caratterizzato "sia da un allentamento del rapporto tra l'oggetto dell'ablazione e il singolo reato, sia, soprattutto, da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull'accusa", in funzione dell'esigenza di "superare i limiti di efficacia della confisca penale "classica"", con evidente "assimilazione" alla ratio delle misure di prevenzione patrimoniali.

Con la sentenza n. 33/2018, la Corte costituzionale rileva come sia stata ampliata la sfera dei reati sulla base dei quali – con riferimento alla forma associativa dell'art. 416 c.p. – sia possibile applicare le misure di prevenzione, anche patrimoniali.⁶⁷

La perplessità che suscita una tale estensione dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione si basa sulla considerazione secondo cui operando in tal

⁶⁶In tal senso, cfr. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017, p. 4.

⁶⁷Nella sentenza n. 33 del 2018, la Corte cost. al punto 3, afferma che "Ben più ampie ed articolate risultano, invece, le modifiche introdotte dall'art. 31 della legge 17 ottobre 2017, n. 161 (Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate). Oltre a riscrivere integralmente il denunciato comma 1 dell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992, inserendo in esso l'intero elenco dei reati presupposto, prima scisso nei commi 1 e 2 (elenco che, nell'occasione, è stato ancora rimaneggiato), la novella legislativa ha anche apportato consistenti innovazioni alla disciplina della misura patrimoniale recata dai commi successivi dello stesso art. 12-sexies"; e, al punto 12, conclude che "A fronte del ricordato processo di accrescimento della compagine dei reati cui è annessa la misura ablativa speciale, questa Corte non può astenersi, peraltro, dal formulare l'auspicio che la selezione dei "delitti matrice" da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio "sproporzionato" e "ingiustificato" di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta "sommersa".

modo, sia da parte del legislatore (in particolare, l. 161/2017)⁶⁸, sia da parte della giurisprudenza anche costituzionale, si rischia di esporre il sistema ad un sostanziale ed ampio affievolimento delle garanzie, qualora divenisse sufficiente inserire una qualsiasi fattispecie di reato (purché commesso in forma associativa) nell'ambito di quelli assoggettabili al procedimento di prevenzione, indipendentemente dal processo penale, affinché possano legittimamente applicarsi misure di prevenzione patrimoniali.

Una pratica, quest'ultima, in effetti già adottata dal legislatore se si osserva che anche con la legge 161/2017 sono state inserite – come è stato fatto rilevare - “materie che nulla hanno a che vedere con la criminalità organizzata” (come i reati contro la Pubblica amministrazione, quelli relativi alle manifestazioni sportive, la truffa delle sovvenzioni e persino lo *stalking*).⁶⁹

Infatti, il legislatore, per evitare conseguenti illegittimità sul piano costituzionale, nell'ampliare le fattispecie di reato in base alle quali applicare le misure di prevenzione anche patrimoniali – che “trascendono il tradizionale settore degli appartenenti al crimine organizzato”⁷⁰ – ha pensato bene di riferire l'applicazione alla commissione in *forma associativa* (semplice), cercando di prevenire un'eccessiva estensione dell'applicazione stessa.

Non può, peraltro, non essere rilevato come la stessa Corte costituzionale (così come la Corte di Cassazione), al fine di evitare di estendere le garanzie “penali” previste per la confisca allargata (del Codice penale) anche alla confisca di prevenzione (del Codice antimafia), in precedenti circostanze aveva sempre negato l'assimilazione della confisca allargata alla confisca di prevenzione patrimoniale.

⁶⁸ La lettera *i-bis* dell'art. 4 del Codice antimafia prevede che le misure di prevenzione (anche patrimoniali, n.d.a.) si applicano “ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 326, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice”. La lettera *i-bis* è stata aggiunta dall'art.1, comma 1, lett. d), della l. 161/2017 (CAM). Successivamente, la medesima lettera è stata modificata come sopra dall'art. 9, comma 4, l.69/2019.

⁶⁹ In questo senso, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., p. 91.

⁷⁰ FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali, Schema di relazione introduttiva, Parola dif.*, 2017, rileva come “questa prospettiva di progressiva estensione della prevenzione patrimoniale nei confronti di autori che trascendono il tradizionale settore degli appartenenti al crimine organizzato sollecita riflessioni e verifiche in termini rispettivi di complessiva razionalità del sistema, di equilibrio tra costi e benefici nell'utilizzo degli strumenti di intervento e – non ultimo – di garanzie individuali”.

Tutto ciò, sempre in funzione della esigenza di efficienza e di semplificazione applicativa delle misure patrimoniali.

Non a caso, infatti, il legislatore si è liberato dell'imbarazzo giuridico, finendo con l'agevolare l'assimilazione della confisca allargata con la confisca di prevenzione, estendendone persino la sfera di applicazione.

Inoltre, la Corte di Cassazione – sebbene in riferimento a casi specifici – è giunta a superare anche il presupposto della condanna (formale) – richiesto dall'art. 240 *bis* c.p. – quale requisito oggettivo per l'applicazione della misura penale della confisca allargata ed a considerare come presupposto (sufficiente) “*l'avvenuta ricostruzione della colpevolezza per uno dei reati*”.⁷¹

In tal senso, la Suprema Corte, in casi di *prescrizione* e di *amnistia*, legittima la misura della confisca penale ex art. 578 *bis* c.p.p., a condizione che sia “*accertata la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sulla base del medesimo standard probatorio richiesto per la pronuncia della sentenza di condanna*”.⁷²

D'altra parte, l'art. 12-*sexies* del d.l. 306/92 (convertito in L. 356/92), come modificato dall'art. 31 della legge 161/2017 – che estende il catalogo dei reati cui si può applicare la confisca allargata e assimila (al comma 4-*bis*) la confisca allargata a quella del Codice antimafia – prevede, al comma 4-*septies*, proprio la figura della confisca allargata senza (formale) condanna, qualora la Corte di Appello o la Corte di Cassazione dichiarino il reato estinto per avvenuta prescrizione o per amnistia (nonostante una eventuale condanna nei gradi precedenti di merito), “*previo accertamento della responsabilità dell'imputato*”.⁷³

⁷¹ Sulla assimilazione delle figure di confisca e sulla sua applicazione anche senza condanna, vedi, in particolare, Corte Cass. pen., Sez. I, 17/05/2019, n. 35856; Corte Cass. pen., Sez. III, 08/11/2018, n. 5936.

⁷² Principio accolto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 49/2015 e poi dalla Corte EDU, nella sent. G.I.E.M. c. Italia del 2018, nonché ribadito dalla Corte Cass. pen., Sez. III, n. 5936/2019.

⁷³ Sul punto, vedi l'aggiornamento al D.lgs. 21/2018 (c.d. “*riserva di codice*”), per la corrispondenza con la nuova norma in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8105-tabella-riserva-di-codice-dlgs-212018.pdf>. Il comma 4-*septies* dell'art 12-*sexies* del D.l. 306/92, trova la corrispondenza nell'art. 578-bis c.p.p. (Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione), secondo cui, “1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”.

Nelle suddette circostanze, viene meno l'effetto della precedente condanna e si applica, dunque, la confisca sulla base della responsabilità penale accertata mediante *“l'avvenuta ricostruzione in positivo della colpevolezza per uno dei reati”*.

In altri termini, pur in assenza di condanna, si utilizza la responsabilità penale, comunque, accertata quale presupposto comunque valido per l'applicazione della misura ablativa.

Procedendo in tal modo, si giunge, quindi, ad una situazione paradossale: invece di rendere maggiormente garantito il contesto delle misure di prevenzione patrimoniali, si va verso una – volendo concedere il termine – destrutturazione delle garanzie da sempre riconosciute, insite nelle misure patrimoniali penali, assimilando – alla stregua della confisca allargata – alle misure di prevenzione, in funzione della loro efficienza ed efficacia, utilizzandone i criteri di applicazione (con il conseguente affievolimento delle garanzie).⁷⁴

In questo modo si è pronunciata, altresì, la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 24 del 2019, ha affermato – in contrasto con la sua precedente pronuncia – l'assimilazione tra confisca allargata e confisca di prevenzione, peraltro – come già ricordato – sancita dal comma 4-*bis* da parte della l. 161/2017.

14. La correlazione e la pericolosità “storica”.

Che la disciplina e la corrispondente applicazione delle misure di prevenzione (in particolare quelle patrimoniali) siano state insufficienti e che per questo si sia tentato di porvi rimedio, lo si rileva sia dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione – richiamata dalla Corte costituzionale -, sia da alcune modifiche di rilievo del Codice antimafia e, in qualche modo, dalla natura delle scelte adottate dal legislatore comunitario nel regolamento UE 2018/1805.

Ebbene, la Corte di Cassazione ha cercato di limitare e circoscrivere l'area dei beni confiscabili, riferendoli ad un arco temporale (*“storico”*) correlato all'attività criminosa, in base ad un *“giudizio constatativo di pericolosità di tipo “storico”*”, al fine di mantenere un carattere di ragionevolezza alla presunzione dell'illecito acquisto dei beni, quale frutto delle attività criminali poste in essere, all'epoca, dal soggetto.

D'altro canto, l'“attualità” della pericolosità sociale – come afferma la Suprema Corte – rimane *“imprescindibile”* solo per le misure personali.⁷⁵ Anche se la Corte

⁷⁴ Sulla estensione dell'applicazione della confisca allargata e sull'assimilazione alla confisca di prevenzione, cfr. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno Statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretrattabilità e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *Sistema penale*, fasc. 4, 2020.

⁷⁵ Corte Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 11752/2014

di Cassazione, (sent., sez. u., n. 4880/2015), seguita dalla Corte costituzionale (sent. n. 24/2019), sostiene – sulla base del principio di perimetrazione cronologica – che *“la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche “misura temporale” del suo ambito applicativo”*, cosicché, *“con riferimento alla pericolosità generica, va affermato il principio di diritto secondo cui sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell’arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente, dalla persistente pericolosità del soggetto 6 al momento della proposta di prevenzione”*, e, *“con riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l’intero percorso esistenziale del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale, al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato”*.

Ciò detto, sembra rilevante sottolineare il riferimento della Corte di Cassazione alla *“correlazione temporale”*⁷⁶, con cui ha voluto specificare come non siano suscettibili di ablazione solamente i beni acquistati nell’arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, ma altresì quelli acquisiti successivamente mediante i proventi di quel periodo ed indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione.

Si tratta di un principio riscontrabile anche nell’art. 18 del Codice antimafia e che, successivamente, viene confermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, dopo aver ribadito che la misura di prevenzione patrimoniale può riferirsi ai beni acquistati nel periodo in cui si è manifestata la pericolosità sociale del proposto, ha, inoltre, aggiunto che possono essere considerati oggetto delle misure patrimoniali i beni acquistati – e di conseguenza subentrati nel patrimonio – in un periodo successivo allo stato di pericolosità, a condizione però che *“risultino”* (e dunque che sia provato) acquistati con i proventi acquisiti per mezzo dell’attività illecita, posta in essere nel periodo di pericolosità sociale.⁷⁷

In tal modo, la Suprema Corte giunge a due risultati: da una parte, circoscrive lo spazio di applicabilità della misura di prevenzione patrimoniale al solo periodo di pericolosità (*“perimetrazione”*); dall’altra, riafferma la necessità di correlare l’applicazione della misura ablativa al periodo della pericolosità sociale per i beni acquisiti anche in tempi successivi, a condizione che l’acquisto dipenda dai proventi illeciti di quel periodo, quale – come ricordato – *“diretta derivazione causale”*.⁷⁸

⁷⁶ In tal senso, Corte Cass. pen., Sez. U., sentenza *“Spinelli”*, n. 4880/2015.

⁷⁷ Corte Cass. pen., Sez. II, n. 14165/2018.

⁷⁸ ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussa il requisito della “correlazione temporale”*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc. 4, 2018. Inoltre, Corte Cass. pen., Sez. VI, n. 53126/2014.

In linea con detto criterio, la Corte costituzionale – nella sentenza 33/2018 –, con riferimento alla confisca allargata, ha ripreso il concetto di “ragionevolezza temporale”, in tal modo affermando l’esigenza di un limite temporale alla possibile confisca dei beni, ritenendo che non possa essere consentita qualora sia trascorso un tempo eccessivo dalla commissione del reato, condannando – altrimenti – qualsiasi soggetto ad una soggezione senza fine.

Pertanto, dalle varie menzionate pronunce delle Superiori Magistrature, si evince che elementi necessari per l’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e per l’individuazione dei beni quali proventi della correlata attività illecita sono, certamente, la “sproporzione” ma anche l’accertamento “storico” della pericolosità sociale del proposto.

Interventi giurisprudenziali, questi, che – indubbiamente – rispondono all’esigenza di razionalizzare lo strumento di prevenzione, anche in ragione del diritto costituzionale alla difesa che, in tal modo, troverebbe maggiore spazio di garanzia e di esercizio.

Comunque, va osservato che con le modifiche introdotte dal Codice antimafia del 2017, nell’ipotesi di richiesta di sequestro di prevenzione, non può più farsi a meno di indagare sulla natura e sulla provenienza del patrimonio.⁷⁹

15. Le modifiche della legge 161/2017 al Codice antimafia con uno sguardo alle garanzie

Le modifiche introdotte al Codice antimafia con la l. 161/2017 sembrano manifestare una presa di coscienza anche da parte del legislatore circa l’esigenza di una maggiore garanzia nell’ambito del procedimento di prevenzione.⁸⁰

Si tratta, invero, di modifiche che confermano la necessità di ricercare ed individuare un punto di equilibrio nell’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, avvicinandola al procedimento penale, pur continuando a ribadire l’indipendenza da quest’ultimo.

Dopo una legislazione deliberatamente elusiva dei principi costituzionali, si è – via via – assistito ad un processo di riconsiderazione dei criteri di applicazione delle misure in questione, anche al fine di scongiurarne il superamento.

⁷⁹ Sul punto, cfr. VARRASO, *Il sequestro ai fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017, p. 16, che sottolinea come “non si può trascurare la necessità ormai improcrastinabile per il pubblico ministero che voglia chiedere qualsiasi sequestro sia preventivo che di prevenzione di svolgere indagini patrimoniali dopo la legge n. 161 del 2017”.

⁸⁰ Sulla riforma, cfr. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2018.

Ed invero, la giurisprudenza della Suprema Corte – in linea con le pronunce della Corte costituzionale –, pur ribadendo la natura civile delle misure di prevenzione patrimoniali, continuando così a negare la loro natura afflittiva e sanzionatoria, ha limitato alcuni eccessi cercando di recuperare alcune forme di tutela per molto tempo disattese.

Il principio di proporzionalità, la “correlazione temporale” e la “perimetrazione” del periodo di pericolosità sociale, l’illegittimità costituzionale di certe disposizioni del Codice antimafia, la tassatività e il rispetto del principio di legalità, traggono origine da interventi giurisprudenziali che hanno inteso riconsiderare il modo di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.⁸¹

In tale prospettiva, si inserisce anche il legislatore, che con la recente legge n. 161/2017 è intervenuto per modificare ed integrare le disposizioni del Codice antimafia del 2011, in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali.

Tra le più significative modifiche, si distinguono: l’art. 24, con il quale *si riducono i termini per le indagini patrimoniali*, prevedendo un termine di un anno e sei mesi, con la possibilità di richiedere un’eventuale proroga, per una sola volta, nel caso di indagini di particolare complessità; l’art. 27, che oggi inserisce un rimedio procedurale che consente – contrariamente a prima – di *impugnare* anche il provvedimento di sequestro di prevenzione (“*i provvedimenti con i quali il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati, l’applicazione, il diniego o la revoca del sequestro*”); l’art. 34-*bis*, con il quale è stato introdotto l’importante strumento del *controllo giudiziario*, che – seppure per motivi occasionali – sembra voler, comunque, indicare al giudice una gradualità in riferimento all’utilizzo degli strumenti e delle misure da adottare (anche per evitare un uso illimitato dell’amministrazione giudiziaria, privilegiando in tal modo la bonifica e la cura rispetto alla confisca, che – a parere di chi scrive - dovrebbe divenire una *extrema ratio* a seguito di valutazione oggettiva circa le attività, soltanto qualora risultino effettivamente illecite o legate all’organizzazione criminale)⁸²; l’art. 34-*ter*, che pone quale “priorità assoluta” la *trattazione prioritaria* dei procedimenti di prevenzione patrimoniale.

⁸¹ Sul principio di proporzionalità, vedi, in partic., ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, n. 2, p. 197.

⁸² Sul controllo giudiziario, vedi AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri del giudice ordinario*, in *Sistema penale*, 2021 (in riferimento alla sent. Corte Cass. n. 9122/2021); MERLO, *La bonifica aziendale come scopo delle misure patrimoniali “diverse dalla confisca”: le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario “volontario”*, in *Foro it.*, 2020, n. 5, La tribuna, parte II, p. 343. Su tale punto, vedi Corte Cass. pen., Sez. U., n. 46898/2019.

Dunque, da tali elementi innovativi si rileva un evidente segno di riconsiderazione dell'esigenza "garantista" anche in ordine alle misure di prevenzione patrimoniali, soprattutto offrendo al soggetto destinatario della misura del sequestro uno strumento di difesa, in precedenza – sostanzialmente – del tutto assente.

Si tratta di interventi normativi specifici e mirati che, sebbene non risolvano la questione di fondo, comunque manifestano l'intento di riformare la materia anche in un'ottica di recupero del *deficit* di garanzie che il procedimento in oggetto ha – da tempo – rivelato.⁸³

16. Il congelamento e la confisca nell'ambito comunitario

Il regolamento comunitario 2018/1805 disciplina le figure del *congelamento*⁸⁴ (sequestro) e della *confisca* al fine di un riconoscimento reciproco tra gli Stati membri dell'UE, che ha iniziato a produrre i suoi effetti dal dicembre del 2020.⁸⁵

Sebbene le norme del suddetto regolamento comunitario si riferiscano ad un ambito di applicazione transnazionale, ciò che risulta interessante è la modalità ed i criteri che l'UE ha adottato per disciplinare le due menzionate misure.

Prevedendone l'applicazione in un "procedimento in materia penale" e non limitato (come nella versione originaria) ad un "procedimento penale", sembrerebbe includere ogni tipo di provvedimento di sequestro e confisca e, dunque, anche i provvedimenti di prevenzione tipici del nostro Codice antimafia.⁸⁶

Peraltro, la natura del regolamento ne determina l'efficacia diretta, non occorrendo alcun atto recettivo da parte dei singoli Stati.

Ebbene, ciò che rileva non è tanto l'ambito o il modo in cui il provvedimento si applica, ma, piuttosto, quale natura venga attribuita alle misure in oggetto da parte del legislatore europeo.

⁸³ Sulle modifiche introdotte con la l. 161/2017, cfr. FINOCCHIARO, *La riforma del Codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, fasc. 10, 2017.

⁸⁴ Cfr., RINALDI, *Il diritto UE non vieta la previsione di un procedimento civile di confisca che sia indipendente dall'accertamento di un reato: dal congelamento dei beni alla confisca dei diritti?*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 317.

⁸⁵ Sul regolamento UE n. 2018/1805, vedi, spec., MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, in *Dir. pen. contemp.-Riv. trim.*, 2019, n. 1, p. 34; GRANDI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *Dir. e proc. pen.*, n. 12, p. 1619.

⁸⁶ Sul punto vedi, MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca*, cit., p. 34 ss.

Dunque, è necessario domandarsi come debbano conciliarsi i criteri e i principi assunti dal regolamento UE – che assumono il carattere di un'*actio in rem* pura (fondata sull'illecita provenienza) – con quelli interni, ed in particolare con le misure di prevenzione.

Ed infatti, mentre il nostro sistema prevede l'applicazione delle misure di prevenzione anche in assenza di reato e prescindendo dalla misura personale, il regolamento comunitario – al massimo - si spinge a prevedere l'applicazione di misure come il “congelamento” e la “confisca” anche al di fuori del procedimento penale, senza alcuna condanna ma non senza reato, al quale il provvedimento ablatorio deve necessariamente essere connesso.

In particolare, il punto 17 dell'art. 1 del regolamento UE 2018/1805 stabilisce che “*il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (CEDU)*”.

Come è noto, in altro ambito, la Corte EDU, in ordine al diritto interno, ritiene legittima la confisca (di prevenzione) anche in assenza di reato, in ragione dell'interesse generale (quale *restituzione*, *reintegrazione*, poiché non può detenersi un bene frutto di un crimine, pur escludendo le misure di prevenzione dal concetto di “materia penale”), mentre secondo la normativa del suddetto regolamento UE, nell'ambito comunitario si afferma la connessione della misura patrimoniale al reato, anche senza condanna.⁸⁷

Ma non può non rilevarsi, però, che la stessa Corte EDU, nella sentenza Varvara del 2013 ha considerato la natura della confisca (anche se non di prevenzione e con riguardo alla materia urbanistica) quale “sanzione penale” e la sua non applicabilità senza una sentenza di condanna definitiva, anche nel caso di prescrizione.⁸⁸

⁸⁷ Cfr., ZUFFARDA, *Rassegna di giustizia penale sovranazionale – A) Corte europea dei diritti dell'uomo – Corte europea giudica compatibile con la Convenzione la confisca del profitto del reato anche in assenza di condanna*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2020, n. 1, p. 380; TRINCHERA, *Rassegna di giustizia sovranazionale - B) Giustizia penale e Unione europea – Confisca senza condanna e diritto dell'Unione Europea: nessun vincolo per il legislatore*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2020, n. 3, p. 1637.

⁸⁸ Nella sentenza del 29 ottobre 2013 - Ricorso n. 17475/09 - Varvara c. Italia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo afferma: “72. Nella presente causa, la sanzione penale (confisca, n.d.a) inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria. 73. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione”. Inoltre, la Corte rileva la violazione dell'art. 1 del

Posizione, però, poi modificata e ridimensionata dalla stessa Corte EDU con la decisione G.I.E.M. c. Italia del 2018, ammettendo la misura della confisca (urbanistica) – di cui conferma la natura di “pena” - anche a seguito di prescrizione, sempre che sia stata dimostrata la responsabilità del proposto nel processo penale, ammettendone, quindi, la legittima applicazione anche al di fuori dello stesso, che ne ha, comunque, costituito il presupposto (la dimostrata responsabilità).⁸⁹

Protocollo n. 1: “85. La Corte ha appena constatato che il reato in relazione al quale è stata ordinata la confisca dei beni del ricorrente non era previsto dalla legge nel senso dell'articolo 7 della Convenzione ed era arbitrario (paragrafi 72-73 supra). Questa conclusione la induce a dichiarare che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni del ricorrente era contraria al principio di legalità ed era arbitraria e che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1”.

⁸⁹ Corte EDU, Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia: “121. Nonostante l'approccio adottato dalla Corte nella decisione *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia* del 2007 (*Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia* (dec), n. 75909/01, 30 agosto 2007), confermata dalle sentenze *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia* (merito, sopra citata) nel 2009 e *Varvara c. Italia* (n. 17475/09, 29 ottobre 2013), la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno ribadito la tesi secondo la quale la confisca contestata è una sanzione di natura amministrativa (Cass., Sentenza n. 42741, 2008, Cass. S.U., sentenza n. 4880, 2015, e Corte costituzionale, sentenza n. 49, 2015). Tuttavia, entrambe hanno riconosciuto che il giudice penale doveva adottare tale misura nel rispetto delle norme di tutela previste dagli articoli 6 e 7 della Convenzione (si veda, ad esempio, Cass., Ord., sentenza n. 24877, 2014). La Corte di cassazione ha esplicitamente confermato il carattere affittivo della confisca (Cass., sentenza n. 39078 del 2009, e Cass., sentenza n. 5857 del 2011). Nella sentenza n. 21125 del 2007, ha affermato che la funzione principale della confisca era quella di deterrente. 122. Pertanto, l'applicazione della sanzione è autorizzata anche quando il procedimento penale di lottizzazione abusiva non dia luogo alla condanna «formale» dell'imputato (Cass., sentenza n. 39078 del 2009, e Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015), a meno che l'imputato sia estraneo alla commissione dei fatti e sia stata accertata la sua buona fede (Cass., sentenza n. 36844 del 2009)”. La Corte, inoltre, afferma che “233. Alla luce di quanto precede, la Corte conclude che le misure di confisca costituiscono delle «pene» ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di «pena» ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6. Tuttavia, come sottolineato dalla Corte costituzionale italiana nella sua sentenza n. 49 del 2015 (paragrafo 133 supra), non esclude la possibilità per le autorità nazionali di imporre «pene» mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale”. Infine, afferma che “61. La Corte non può ignorare tali considerazioni nell'applicazione dell'articolo 7 nel caso di specie, a condizione che i tribunali in questione abbiano agito nel pieno rispetto dei diritti della difesa sanciti dall'articolo 6 della Convenzione. Per questo motivo, la Corte ritiene che, qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato”.

Sembrerebbe, dunque, che ogni ambito trovi una propria ed opportuna disciplina, con qualche perplessità, però, sul piano della generale coerenza e certezza del diritto (interno e comunitario, oltre che convenzionale).

In sostanza, con il regolamento UE si pretende che il provvedimento di confisca possa essere assunto, ma con le garanzie della materia penale.

Per tale ragione, ad esempio, l'Irlanda non ha aderito al regolamento UE, poiché temeva di dover adottare garanzie penalistiche nel procedimento – simile al nostro – sulle misure di prevenzione patrimoniali, applicate senza la necessità di accertare un reato, purché sussistano elementi che facciano ritenere che un soggetto detenga beni di illecita provenienza.

Da quanto detto, discendono alcune considerazioni.

Nella sentenza 384/94, la Corte costituzionale ha affermato l'esigenza di garantire il principio della certezza del diritto e della chiarezza normativa con gli "*obblighi che incombono sullo Stato italiano, in particolare quello che attiene alla conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario*".

Il problema che si potrebbe porre è proprio in relazione alla reciprocità, nel senso che – al di là delle misure connesse al reato anche in caso di assenza di condanna – le misure di prevenzione del nostro sistema, applicate senza che si sia configurata una fattispecie criminosa e senza conseguente condanna, non è certo che potranno trovare applicazione negli Stati membri, nei quali non sono previste misure con la medesima natura e le medesime caratteristiche.

Di fatto, vengono espressamente escluse le misure non connesse ai reati e quelle rientranti in un quadro procedurale in materia civile o amministrativa.

Ed allora, ciò che bisogna chiedersi è se il regolamento UE possa ricomprendere anche le misure di prevenzione patrimoniali del sistema italiano. Il che non è da escludere del tutto, anche se il "Considerando" n. 13 del regolamento in questione (alla lettera a)) si riferisce espressamente a "tutti i tipi di congelamento e di confisca emessi in seguito a procedimenti che siano connessi ad un reato".⁹⁰

⁹⁰ Regolamento UE 2018/1805, "(13) Il presente regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e tutti i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di un procedimento in materia penale. «Procedimento in materia penale» è un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale termine contempla pertanto tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE. Esso contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva. Benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti

Ciò a fronte dell'interpretazione offerta da Ministero della Giustizia (per il tramite del Dipartimento di pubblica sicurezza e del Dipartimento per gli affari di giustizia), secondo cui il regolamento UE 2018/1805 “per natura *self-executing*”, “costituisce uno strumento tendenzialmente omnicomprensivo con riferimento ai provvedimenti di congelamento e ai provvedimenti di confisca emessi dagli Stati membri nel quadro di *un procedimento in materia penale*”.

Ebbene, su queste basi il Ministero della Giustizia ritiene che nel concetto di “procedimento in materia penale” vi rientrino, pure, le misure di prevenzione patrimoniali italiane, che - secondo tale (dice la circolare) “corretta interpretazione” – “dovranno essere riconosciute ed eseguite anche negli Stati la cui legislazione nazionale non prevede tali provvedimenti, in ossequio al principio del mutuo riconoscimento”.

Una interpretazione ed un criterio di applicazione che appare, quantomeno, discutibile, proprio in ragione della mancata previsione di tali misure, in quanto non connesse ad un reato.

Senza voler rilevare che ritenere le misure di prevenzione patrimoniali del sistema italiano rientranti nel concetto di “procedimento in materia penale” potrebbe apparire una contraddizione con la qualifica di natura civile delle misure stesse. Quindi, delle due, una: o si ammette la natura penale della confisca di prevenzione italiana oppure, la stessa non può essere considerata oggetto di un “procedimento in materia penale”.

In tal senso e in tale caso, sembrerebbero, quindi, escluse le misure di prevenzione patrimoniali applicate in assenza di reato, quali quelle del sistema italiano.

Dunque, rimane un tema aperto che, al di là di quanto affermato nelle circolari del Ministero della Giustizia⁹¹, soltanto l'esperienza e l'interpretazione giurisprudenziale (interna ed europea) potranno chiarire.

emessi da un altro Stato membro. Il procedimento in materia penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto. I provvedimenti di congelamento e i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di procedimenti in materia civile o amministrativa dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento”.

⁹¹Nella circolare del 12 gennaio 2021, il Direttore centrale del Dipartimento di Pubblica sicurezza afferma, senza esitazione, che “l'espressione “procedimento in materia penale” utilizzata dal legislatore europeo, è idonea a ricomprendere anche i provvedimenti di sequestro e confisca emessi nell'ambito dei procedimenti di prevenzione disciplinati dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (D.lgs. n. 159/2011), presupponendo essi una valutazione di pericolosità sociale, fondata sulla sussistenza di indizi della commissione di reati, e un accertamento della provenienza illecita di beni”.

17. Misure diverse nei differenti livelli

Ulteriore tema – alla luce del regolamento UE – riguarda il fatto che nel nostro sistema si potrebbe delineare – come è stato precedentemente rilevato – non il sistema c.d. “a doppio binario”, bensì triplo: le misure penali e del processo penale; le misure di prevenzione indipendenti dal procedimento penale ed infine le misure da applicare in sede transnazionale, con conseguente triplice forma sanzionatoria.⁹² Le prime, connesse al reato ed alla condanna; le seconde, senza reato e senza condanna; le terze, connesse al reato anche senza condanna (senza voler considerare la menzionata sentenza della Corte EDU del 2013).

Dunque, il dato che da tale quadro si ricava è che il sistema europeo certamente non accoglie l'idea di prevedere misure di prevenzione fondate sui criteri presenti nel sistema italiano ma, tutt'al più, misure da applicare anche senza la condanna, che siano, però, necessariamente connesse ad un reato, accertato o da accertare.

Pertanto, potrebbe il regolamento comunitario – che indica le misure possibili per far fronte al fenomeno delle organizzazioni criminali – porsi, idealmente, quale parametro (sul modello della norma interposta) in un'ipotetica questione di legittimità costituzionale nei confronti delle misure di prevenzione patrimoniali? Oppure, sarà la Corte di Giustizia dell'UE a dover interpretare la norma circa la sua applicazione?

Nella sentenza 509/95, la Corte costituzionale ha ribadito la propria competenza a sindacare – per il tramite della legge di esecuzione del trattato – la compatibilità di ogni atto comunitario rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed ai diritti inalienabili della persona umana (i c.d. “contro limiti”).⁹³

⁹² In tal senso, vedi anche MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, Ius/Pisa-University Press, cit., p.215; ID., *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in FIORELLA, GATTO A., VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni – Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, p. 15 ss.

⁹³ La Corte cost., nella sent. n. 509/95, al punto 2 rileva che “*deve escludersi come già ritenuto nella sentenza n.183 del 1973 che "questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali ... non sono i regolamenti comunitari"*”, e specifica che “*Nella specie, invero, il giudice a quo preso atto della interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 9, par. 2 del regolamento n. 1408/71 e senza richiedere alla stessa Corte il controllo di validità di tale norma in relazione ai diritti fondamentali che pure fanno parte del diritto comunitario (sentenza n. 232 del 1989; Trattato di Maastricht, disposizione F) ha censurato il citato art. 9 par. 2 davanti a questa Corte in via diretta e non per il tramite della legge di esecuzione del Trattato, senza prospettare una violazione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale o di diritti*

Sussiste, in ogni caso, la percezione che anche il regolamento UE si ponga in senso maggiormente garantista rispetto al nostro ordinamento, e ciò potrebbe dar vita ad un'ulteriore riflessione da parte del legislatore nazionale in riferimento al piano delle garanzie e delle tutele da riconoscere al proposto in riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali, così come previste e riconosciute nell'ambito penale, e ciò anche in relazione al mutuo riconoscimento transnazionale.

Ma che la natura civile della confisca di prevenzione resti, comunque, una specifica concezione del sistema italiano (evidentemente dovuta alla particolare condizione storica rispetto al fenomeno mafioso, che ha condotto al procedimento parallelo di prevenzione), trova conferma dalla recente disciplina emanata, con decreto, dal Parlamento francese ed entrato in vigore il 9 aprile 2021, con riguardo alla riutilizzazione (e non solo la vendita) dei beni confiscati alla mafia.

Nel sistema francese, infatti, rimane - al di là del modello italiano che per certi versi ne ha costituito il modello - la non obbligatorietà della destinazione sociale e della confisca, applicabile soltanto a seguito di una condanna penale definitiva.

18. Considerazioni conclusive

Il Consigliere della Corte di Cassazione Magi, in occasione del convegno su "Delle pene senza diritto" (svoltosi a Milano il 18 e 19 novembre 2016), non manca di far rilevare come il sistema penale tradizionale abbia nel tempo ceduto spazio ad un "sistema extra-penale", stante la capacità di quest'ultimo di ottenere risultati più celeri ed efficaci - pur sacrificando il sistema penale e le garanzie che lo caratterizzano⁹⁴-, facendo in tal modo considerare il procedimento di prevenzione quale "surrogato" del processo penale⁹⁵, chiamato a sostituirlo per ragioni di efficienza e di efficacia.

Quanto detto si è consolidato con riguardo agli "indizi" di reato concernenti la criminalità organizzata ed anche - data la celere applicazione e la conseguente manifestazione degli effetti - di altri reati, in particolare quelli contro la Pubblica amministrazione.

In linea generale e sul piano concreto, va osservato come la legge e la stessa giurisprudenza possano ritenere legittimo qualsiasi atto, trovando le adeguate argomentazioni "giuridiche" e motivazioni giurisprudenziali, soprattutto quando a riconoscerne la legittimità è l'organo di garanzia costituzionale.

inalienabili della persona umana, che questa Corte deve salvaguardare anche rispetto alla applicazione del diritto comunitario".

⁹⁴ Così, MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2017, p. 490 ss..

⁹⁵ CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, Torino, 2011, cit., p. 15.

Il punto cruciale è comprendere se a giustificare la legittimazione costituzionale (e dunque, la conformità alla Costituzione) siano motivazioni di diritto, in senso stretto, o motivazione che – utilizzando il diritto – perseguono, in effetti, finalità di politica criminale, originate da una prevalente esigenza di efficienza ed efficacia.

In quest'ultimo caso, la ragione politica – sia della *ratio legis*, sia della giurisprudenza – prevale sulle ragioni di diritto, che cedono di fronte al fine che si intende perseguire, ritenendo – nel caso di specie, con riferimento alle misure di prevenzioni patrimoniali – maggiormente rilevanti o prevalenti i risultati (di politica criminale) rispetto ai mezzi cui il sistema ricorre. Il tutto nella consapevolezza di “sacrificare” – di fatto - i principi fondamentali che la Costituzione (e la CEDU) riconosce nella difesa, nel giusto processo, nella presunzione di innocenza e nella personale responsabilità penale.

Nella suddetta dicotomia, Muñoz Conde rileva, invero, la conflittualità tra politica e diritto, soprattutto quando la politica (in particolare la politica criminale), dovendo (o volendo) rispondere all'esigenza sottesa ed essendo “orientata (...) alla soluzione dei problemi e dei conflitti della vita quotidiana”, finisce – utilizzando il diritto - con il concepire norme per cambiare il diritto e perseguire finalità “politicamente” più efficaci anche perché di facile applicazione.⁹⁶

Dunque, si tratta di stabilire – si auspica in modo definitivo e senza *escamotages* giuridici che nascondano l'intento elusivo rispetto allo strumento penale tradizionale – se debba compiersi un passo indietro, tornando all'unicità del procedimento penale con le sue garanzie, o se, al contrario, debba accettarsi l'idea di Günther Jakobs dei “due diritti penali”, uno “normale”, nel rispetto dello Stato di diritto, ed un altro “denominato “diritto penale del nemico”⁹⁷ (n.d.a., la cui *ratio* sarebbe – di fatto – anche quella riguardante la sfera della criminalità organizzata), in cui tali principi sarebbero considerevolmente ridotti quando non del tutto eliminati come limiti al potere punitivo dello Stato”.⁹⁸

⁹⁶ Vedi MUÑOZ CONDE, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, in *Criminal Justice Network, Forum internazionale sulla giustizia penale*, 2019.

⁹⁷ Nel 1985, a Francoforte, in occasione delle giornate dei Professori di Diritto penale, JAKOBS introdusse l'idea del “diritto penale del nemico” (*Feindstrafrecht*), poi presentata definitivamente nel 1999, a Berlino, in un convegno su “La scienza del diritto penale a fine millennio”.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, cit., p. 9. Sul diritto penale del nemico, vedi, in partic., JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. Eser – W. Hassemer – B. Burkhardt (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, p. 51 ss.; IDEM, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt*

Secondo tale opinione, attraverso la *ratio* del diritto “dell’eccezione” e “dell’emergenza”, lo Stato di diritto finirebbe, però, con il cedere di fronte alle finalità politico-criminali, accettando l’idea che il fine e l’efficacia della misura extra-penale possano giustificare il sacrificio dei principi fondamentali.

In tal modo, cederebbero le garanzie nel processo penale, l’onere della prova richiesto al Pubblico ministero, la sussistenza di un’ipotesi di reato (e non un “sospetto” o un “mero indizio”), il diritto alla difesa, ed altri caratterizzanti e connotati nello Stato di diritto, quali la presunzione di innocenza e il giusto processo.

Si tratta di un’opzione fondamentale, che riguarda i valori fondanti e la stessa essenza della democrazia, insiti nello Stato di diritto.

Di conseguenza, derogare alle regole, ai principi, ai limiti posti dallo Stato di diritto (che mediante essi si caratterizza), rischierebbe – secondo la menzionata dottrina⁹⁹ - di far offuscare quella linea di demarcazione che lo contraddistingue dagli ordinamenti non democratici, in cui il diritto si piega innanzi alle finalità del potere politico.¹⁰⁰

Un concetto basilare, che non riguarda soltanto gli aspetti di cui si è discusso, ma ogni ambito disciplinato dal diritto, che degenera quando l’eccezione diviene la regola.

Il primato della legge impone che ciò che viene deciso dal potere politico attraverso le leggi (così come dal potere giudiziario con i suoi atti) trovi un limite nei principi fondamentali, costituzionalmente stabiliti.

Limiti che, comunque, vengono fatti rispettare quando il sistema è dotato di strumenti ed organi di garanzia costituzionali chiamati a tale compito, come – in primo luogo - la Corte costituzionale.

Ma se anche la Corte costituzionale tende ad assecondare e a far prevalere il fine politico e le ragioni della politica criminale, accettando il sacrificio dei principi fondamentali, allora si rischia di consolidare e di ampliare, di fatto, un sistema parallelo, extra-penale, cui è consentito derogare alla conformità allo Stato di diritto,

a.M. im Mai 1985), in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, p. 753 ss. Sul tema cfr, in partic., per la dottrina italiana Cfr. DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007; GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007. Sulla teoria di Jakobs e sulla dottrina relativa, vedi BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei principi filosofici*, in *Dir.e proc. pen.*, 2020.

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, cit., p. 8-10.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, cit., p. 10.

mediante motivazioni definite in termini giuridici ma che in realtà si rivelano funzionali al fine politico, in cui un sistema extra-ordinario diviene ordinario.

In tal senso, la condivisibile critica sottesa al sistema extra-penale, su cui si basa l'impianto normativo delle misure di prevenzione, non vuole condurre a sostenere che la via scelta dal legislatore e dalla giurisprudenza in riferimento a tali misure (in particolare, patrimoniali) abbia prodotto un modello al di fuori dalla sfera democratica, ma – al contempo – non si può negare che lo Stato di diritto sia stato, quantomeno, eluso.

Occorrerebbe rivedere la natura stessa delle misure di prevenzione in questione, soprattutto se si osserva – e lo si ritiene anche in sede giurisprudenziale – come la misura della confisca di prevenzione, attesa la sua “definitività”, sembri aver perso la sua natura “preventiva”.¹⁰¹

Per cui, pur ammettendo l'esigenza e l'utilità dello strumento di prevenzione, per recuperare alcuni caratteri “normali” del diritto penale tradizionale - cercando una via di mezzo, di equilibrio tra la politica criminale e la conformità allo Stato di diritto – ci si dovrebbe liberare da certe “finzioni” giuridiche e giurisprudenziali, che negano sia la natura afflittiva della misura patrimoniale, qualificandola nell'ambito civilistico piuttosto che amministrativo, sia la natura penale delle misure di prevenzione (per “evitarne” le garanzie), atteso anche che affermare la natura non penale delle misure in questione significa accettare che i relativi effetti divengano retroattivi, con conseguente elusione anche del principio del *favor rei*.¹⁰²

In ordine alle norme e all'applicazione della confisca di prevenzione, il principio di irretroattività, che si applica in materia penale, diviene inapplicabile, trattandosi – secondo la giurisprudenza – di misure e norme fuori dall'ambito penale, in quanto misure di natura civile.

Ed allora, si potrebbe – per esempio – riconsiderare l'onere della prova quale incombenza esclusiva del Pubblico Ministero (alla stregua del processo penale), così come potrebbe ammettersi il provvedimento di confisca solo in caso di condanna penale, assumendo come atto di “prevenzione” il solo sequestro. Parimenti, si dovrebbe considerare di rendere *ordinario* (e non “occasionale”) il controllo giudiziario, quale presupposto necessario per poter eventualmente accedere all'amministrazione giudiziaria.

¹⁰¹ Vedi, spec., le sentenze della Corte cost. n. 335/1996, n. 21/2012, n. 216/2012, n. 106/2015.

¹⁰² Sulla retroattività, vedi, in partic., Corte Cass. pen., Sez VI, n. 11752/2014; Sez. VI, n. 21491/2015; in partic., Sez. U., n. 4880/2015 (Spinelli). Inoltre, MENDITO, *Le sezioni unite verso lo statuto della confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, in cui si parla della “inapplicabilità del principio di irretroattività” con riguardo alle norme e all'applicazione relative alla confisca di prevenzione.

Le suddette plausibili modifiche (ma non sarebbero le uniche opportune) potrebbero riequilibrare il sistema, riportandolo ad unità o, quantomeno, mitigando gli effetti elusivi – in tema di garanzie - del sistema parallelo, peraltro, in linea con le “revisioni” o “correzioni” intervenute nel tempo, sia da parte del legislatore, sia della giurisprudenza, evidentemente consapevoli del *deficit* di garanzia del sistema di prevenzione.

In conclusione, è indubbio che il sistema di prevenzione non possa essere giustificato soltanto dall’efficienza e dalla facilità della procedura di applicazione. Il sistema di prevenzione deve essere corretto attingendo al sistema delle garanzie penalmente e costituzionalmente previste, senza aggirarle in alcun modo.

Dunque, l’efficacia non deve riguardare solo gli effetti (politici e pratici) delle misure di prevenzione ma deve soprattutto rivolgersi alla conformità e alla “giustizia” del procedimento e delle misure stesse. Ed invero, come sostenuto da un’autorevole dottrina, “è indubbia e forte l’esigenza di riscrivere il procedimento di prevenzione in modo da adeguarlo il più possibile alla logica del contraddittorio e alle regole del giusto processo”¹⁰³, come, d’altra parte, richiede la stessa Corte EDU rispetto all’art. 6 CEDU. In ogni caso, la maggiore accortezza che si rileva a livello comunitario e “convenzionale” lascia sperare circa il ripristino delle prioritarie esigenze di tutela e conformità allo Stato di diritto, anche con riguardo alle misure di prevenzione – in particolare, patrimoniali – del nostro sistema.

In tal senso, si rileva - almeno nell’ambito europeo - anche la posizione prudente e più garantista della Corte EDU¹⁰⁴, pur se nei confronti del sistema italiano - sulla base del principio secondo cui i legislatori nazionali hanno il diritto di definire gli strumenti da adottare “nell’esercizio del loro potere discrezionale” – la stessa Corte legittimi la misura di prevenzione patrimoniale, quale misure di natura civile, in quanto finalizzata a ripristinare la legalità di beni illecitamente acquistati. Sistema che rimane, comunque, un *unicum* nel contesto europeo. Ciò a fronte di un atteggiamento più rigido della Corte costituzionale (e del legislatore), che giunge a coniare anche un “decalogo” per limitare l’applicazione delle pronunce della Corte

¹⁰³ FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali, Schema di relazione introduttiva*, Parola dif., cit., 2017.

¹⁰⁴ La Corte EDU, nella sentenza Varvara del 29 ottobre 2013, ha sostenuto (in relazione all’applicazione delle garanzie previste dall’art. 7 della CEDU) la *natura di sanzione penale* della confisca, che, secondo la medesima Corte, non può essere applicata se manca una sentenza di condanna (anche se per prescrizione), dichiarando la violazione dell’art. 7 della CEDU e dell’art. 1 del Protocollo n. 1 (vedi nota 30). Sempre la Corte EDU (Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia), ha rivisto la sua posizione sull’applicazione della confisca (urbanistica) in caso di prescrizione, ma ha comunque confermato la natura penale della confisca.

EDU, pur di mantenere e sostenere finalità “preventive”, accettando anche di limitare le garanzie che, invece, la Costituzione e i principi penali effettivamente richiederebbero.¹⁰⁵

Ma fino a quando, nel sistema interno, anche per la Corte costituzionale continuerà a prevalere il fine “politico” nonché – come ritenuto - la “superiorità gerarchica della Costituzione sulla CEDU”¹⁰⁶ (più precisamente, la Corte costituzionale parla di “*predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*”¹⁰⁷), il sistema

¹⁰⁵ Nella sent. n. 49/2015 la Corte cost. ribadisce, da un canto, che il giudice nazionale può conformarsi alle pronunce della Corte EDU solo se si tratta di casi specifici e di diritto “consolidato” e, dall’altro - cercando di sfuggire alla natura “penale” della misura di prevenzione -, che “*La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di “condanna”, abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell’art. 7 della CEDU, vale a dire l’accertamento della responsabilità*”.

¹⁰⁶ In tal senso, DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XI, fasc. 1/2018, secondo cui “La Corte costituzionale, a partire dalle famose “sentenze gemelle” n. 348 e 349 del 2007, ritiene che la CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (“Corte EDU”), costituisca parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi. Di conseguenza, tutti i giudici nazionali sono tenuti a confrontarsi quotidianamente con la giurisprudenza della Corte EDU e a farne applicazione. Una volta accolto un modello del genere, inevitabilmente i giudici comuni, nell’applicare i diritti fondamentali, sono chiamati a confrontarsi sia con la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte costituzionale. Eventuali divergenze tra le due Corti sono quindi suscettibili di creare problemi per gli operatori del diritto. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 49 del 2015, ha ritenuto che problemi del genere debbano essere risolti sulla base del criterio di gerarchia delle fonti, assumendo la superiorità gerarchica della Costituzione sulla CEDU”. Sul rapporto tra le Corti, vedi anche, in partic., GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “contro limiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; MORRONE, *Fonti normative*, Torino, 2018, p. 116; RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017.

¹⁰⁷ Nella sentenza n. 49/2015, la Corte cost. afferma che “*il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)*”. Sul punto, in partic., cfr., MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della ‘normalizzazione’ dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDIBlog*, 2015. Sul tema, vedi anche, RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito*

dell'applicazione e della natura delle misure di prevenzione è destinato a rimanere legato alla interpretazione "orientata" della Consulta e, con essa, all'interpretazione e all'applicazione del giudice nazionale, oltre che alle finalità "politiche" del legislatore, con il rischio di non rispondere sempre appieno alle esigenze dello Stato di diritto.

Leonardo Sciascia, nel 1987, scriveva: "*Respingere quello che con disprezzo viene chiamato "garantismo" e che poi è un richiamo alle regole, al diritto, alla Costituzione come elemento debilitante nella lotta alla mafia, è un errore di incalcolate conseguenze. Non c'è dubbio che il fascismo poteva nell'immediato (e si può anche riconoscere che c'è riuscito) condurre una lotta alla mafia molto più efficace di quella che può condurre la democrazia: ma era appunto il fascismo. Ma la democrazia non è impotente a combattere la mafia (...). Ha anzi tra le mani lo strumento che la tirannia non ha: il diritto, la legge uguale per tutti, la bilancia della giustizia*".¹⁰⁸

interno, in Osservatorio sulle fonti, 1/2018, p. 325; PUNITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, in Osservatorio sulle fonti, 1/2018, p. 318; VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope, in Osservatorio sulle fonti, p. 303. Inoltre, ZAGREBELSKY, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in Rivista AIC, maggio, 2015. Nella sentenza n 120/2018 la Corte cost. ribadisce il principio, specificando che "la Carta, dunque, deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta. Ciò tanto più in considerazione del fatto che la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione".

¹⁰⁸ SCIASCIA, *Mafia e fascismo*, in *Corriere della Sera*, 26 gennaio 1987. Sulla stessa linea, vedi CIERVO, *Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili? In Questione giustizia, Speciale la Corte di Strasburgo*, 2019, il quale ritiene che "Non sarà un caso, del resto, se la Camera della Repubblica cisalpina, nel 1805, abbia rigettato un disegno di legge volto a disciplinare l'attività di polizia e a introdurre, in quella che allora veniva chiamata «Repubblica italiana», le misure di prevenzione, con una motivazione tanto sintetica quanto efficace: «Nello Stato di un governo libero non dovrebbe esservi condizione mediana tra i colpevoli e gli innocenti, e chi non è in contrarietà alla legge non debba dar conto a nessuno delle sue azioni». Una lezione di garantismo, questa, che risale a più di duecento anni fa, ma che dovrebbe essere tenuta in grande considerazione anche oggi, visto che ormai viviamo un tempo così pericolosamente attratto da ideologie e progetti di riforma, in materia di pubblica sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico, di impronta illiberale se non addirittura esplicitamente autoritaria".

Recensione a Francesco Rigano e Matteo Terzi, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 1-391

ALESSANDRO FRICANO *

Indice disponibile all'indirizzo: www.francoangeli.it/Ricerca/scheda_libro.aspx?Id=26999.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

A. FRICANO, *Recensione a Francesco Rigano e Matteo Terzi, Lineamenti dei diritti costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 1-391, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli studi del Molise.
Indirizzo mail: a.fricano@studenti.unimol.it.

Il tema dei diritti costituzionali investe in maniera trasversale tutta la giuspubblicistica. Qualsiasi tentativo di catalogazione si scontra con indubbie difficoltà redazionali. La capacità di muoversi su più *cornici spazio-temporali*, che per molti potrebbe essere un ostacolo, nel manuale redatto da Francesco Rigano e Matteo Terzi è invece un punto di forza. Gli autori riescono ad affrescare con altrettanta nitidezza un panorama giuridico vasto per dimensioni e complesso per contenuti. Ciascuna libertà fondamentale viene qui inanellata prestando attenzione sia al contesto storico-costituzionale sia alle prospettive future. La struttura scelta ricorda quella di un *caleidoscopio* capace cioè riflettere in modo simmetrico l'ampiezza dei diritti ed il raggio di tutela irradiato dagli stessi. La parte prima prova a dare soluzione a questioni aperte e mai scontate, come il rapporto tra politica e diritto o la contrapposizione tra diritti naturali e positivi. La seconda tende invece ad inquadrare i singoli istituti, esaminando gli aspetti già noti e quelli più controversi.

Grande attenzione è riservata alla ricostruzione storica partendo dallo Statuto del Regno fino all'Assemblea Costituente. Si evince lungo tutta la trattazione l'impegno degli autori nel ricondurre l'alveo dei diritti al circuito della rappresentanza. I diritti costituzionali non possono prescindere dalla dimensione parlamentare. Le libertà fondamentali della persona anticipano sempre i contenuti tipizzati dalle norme¹. La codificazione costituzionale dei diritti, viene intesa dagli autori come «un fenomeno graduale e storicamente condizionato». Ogni periodo o contesto storico riflette sempre una «propria cultura delle libertà». Le costituzioni dunque non sono soltanto il prodotto di lotte civili o politiche, ma il frutto di scelte precise e culturalmente orientate. Rigano e Terzi elaborano una tripartizione dei diritti fondamentali in base alla loro origine seguendo tre approcci, individuandone altresì possibili punti di congiunzione. Un primo approccio è quello *storicistico* che tende a individuare la genesi delle libertà nella tradizione consuetudinaria e dunque nella successione cronologica di più ordinamenti nel tempo. Un secondo di tipo *individualistico* di matrice giusnaturalistica per cui «i diritti di libertà preesistono alla formazione stessa dello stato» e che quest'ultimo si limita solo a *riconoscere*. Ed infine un terzo approccio *statualistico* che considera come giuridicamente rilevanti i soli diritti codificati.

Da ultimo il volume affronta la materia dei doveri costituzionali, terreno meno esplorato ma non per questo manchevole di profili meritevoli di approfondimento.

¹ La definizione di diritti fondamentali è «*formale o strutturale*, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, e si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione: inteso 'universale' nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari» cit. L. FERRAJOLI, a cura di E. VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Editori Laterza, I ed., 2001, p. 6.

Si coglie a più riprese l'esigenza di una *tutela multilivello* – già in corso di realizzazione – che guardi inevitabilmente alle fonti internazionali ed europee come presupposto e parametro. L'ossessione per una tassonomia ad ogni costo cede il passo ad un rapporto binario tra principi. Una strada già percorsa da Stefano Rodotà pioniere della teoria sulla pienezza e l'indivisibilità dei diritti². Gli autori distinguono le libertà *dallo Stato, nello Stato, attraverso lo Stato*, che corrispondono ai diritti *civili, politici e sociali*. Uscendo dalla dialettica tra libertà positive e negative, il manuale avanza una quadripartizione periodica. I diritti di *prima generazione* sono quelli elaborati dal costituzionalismo di fine Settecento a seguito dei moti rivoluzionari in Europa e oltreoceano. Quelli di *seconda generazione* derivano invece dall'affermazione dello stato sociale e dei partiti di massa nel primo dopoguerra. I diritti di *terza generazione* risalgono all'avvento delle democrazie pluraliste nel secondo Novecento e da ultimo quelli della *quarta generazione*, talvolta definiti *diritti delle nuove generazioni*, nelle società globalizzate. Basti pensare alla molteplicità di situazioni giuridiche soggettive emerse grazie alla rivoluzione digitale degli ultimi anni.

Lo sguardo all'attualità offerto dal volume mostra tutta la sua dirompenza nell'affrontare l'annoso tema dei *diritti tiranni* alla luce dell'emergenza pandemica. La questione dell'obbligatorietà vaccinale, ad esempio, viene posta guardando gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni Novanta fino alla pronuncia n. 5 del 18 gennaio del 2018. Minimo comune denominatore tra i vari capitoli è la costante necessità di un bilanciamento³ tra interessi costituzionalmente rilevanti: «nessun diritto fondamentale può prevalere in assoluto, né essere totalmente sacrificato». Il ricorso ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza si rivela quanto mai dirimente nei casi – sempre più frequenti – di aperto contrasto tra il diritto alla salute riconosciuto dalla Costituzione all'art. 32 e la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41. Tutti i diritti costituzionali si trovano in «rapporto di integrazione reciproca». In caso contrario «si verificherebbe l'illimitata espansione

² Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2013, pp. 426. Sul fondamento degli stessi v. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

³ «Probabilmente s'è fatto abuso della metafora del bilanciamento, giacché i principi costituzionali, in molti casi, possono essere letti in modo non assolutistico, anche senza ricorrere alla tecnica del bilanciamento, utilizzando invece i normali canoni ermeneutici applicati alle disposizioni costituzionali. I limiti di questa metafora si possono cogliere meglio se si considera che qualunque bilancia obbedisce a criteri di misurazione precisi, ancorché convenzionali, mentre, secondo i critici di questa tecnica, il bilanciamento costituzionale opera all'interno di una "scatola nera", dei cui meccanismi di funzionamento nulla appare all'esterno» così G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2009, p. 115.

di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁴. Il temperamento tra interessi concorrenti non può che trovare soluzione nel pluralismo costituzionale, rappresentando cioè «la “stella polare” per orientarsi nella “costellazione” dei diritti fondamentali».

La attenzione crescente per le tematiche relative alla parità di genere o allo sviluppo sostenibile dimostra quanto l’opinione pubblica sia avanti rispetto alla legislazione, anticipando sensibilmente la stessa in un comune sentire. Tanto le nuove quanto le vecchie frontiere dei diritti guardano alla persona come principio e fine di ogni ordinamento. Il *dialogo tra diritti* presuppone l’esistenza di interessi che si riconoscano. Le libertà fondamentali *parlano* tra la loro, non operano singolarmente come monadi nel sistema democratico. La polarizzazione tra diritti civili e sociali, deboli o forti, tra libertà individuali e collettive appartiene ormai al passato. Il volume di Rigano e Terzi va invece alla ricerca di una concatenazione capace di legare i diritti gli uni agli altri, spingendosi ben oltre la manualistica tradizionale.

⁴ Corte cost. sent. n. 85 del 2013.

La legge del Veneto sul “controllo di vicinato” esorbita dalle competenze regionali: alcune considerazioni sulla sent. n. 236/2020

PAOLO GIOVARRUSCIO *

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 12 novembre 2020

Disponibile all’indirizzo <https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0236s-20.html>

Parole chiave:

Controllo di vicinato; Sicurezza pubblica; Ordine pubblico; Disagio sociale.

Sommario

1. Premessa: il “controllo di vicinato” e le disposizioni regionali impugnate. – 2. La giurisprudenza costituzionale: verso una piena maturazione esegetica in materia di sicurezza e ordine pubblico. – 3. Il “controllo di vicinato” è da ricondurre alla nozione di sicurezza urbana. – 4. Considerazioni conclusive: è tempo di una legge sul controllo di vicinato?

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

P. GIOVARRUSCIO, *La legge del Veneto sul “controllo di vicinato” esorbita dalle competenze regionali: alcune considerazioni sulla sent. n. 236/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore in Giurisprudenza nell’Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Indirizzo mail: p.giovarruscio@gmail.com.

1. Premessa: il “controllo di vicinato” e le disposizioni regionali impugnate

Con la sent. n. 236 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della l.reg. Veneto n. 34/2019, contenente un’articolata disciplina in materia di “controllo di vicinato”¹.

La legge impugnata si inserisce nel quadro della c.d. “sicurezza partecipata”, un concetto che – seppur sinteticamente – necessita di essere approfondito in via preliminare.

Negli ultimi decenni è emerso, in tema di sicurezza, il profilo della “partecipazione” di soggetti diversi da quelli istituzionali. In particolare, si è assistito ad un graduale coinvolgimento dei privati – meglio, di cittadini – nella promozione della sicurezza urbana. Tale processo di partecipazione si è sostanziato in una serie di attività che, non riferendosi a interessi pubblici primari, non ha presupposto – e non presuppone tutt’ora – l’esercizio di speciali poteri autoritativi o coercitivi (es. le misure dirette alla prevenzione e alla repressione dei reati e al mantenimento dell’ordine pubblico).

La sicurezza partecipata, quindi, richiama la più ampia nozione di sicurezza urbana, anzi, dilata gli ambiti di questa moltiplicando i soggetti chiamati a tutelarla. Tuttavia, è questo un concetto sviluppato per il tramite di particolari interventi normativi, non conoscendo – a differenza della sicurezza urbana, giuridicizzata dall’art. 4, d.l. n. 14/2017² – una definizione legislativa. Tale categoria giuridica è stata, dunque, elaborata per il tramite dei principi costituzionali e delle norme vigenti in materia di sicurezza. Sul punto, infatti, è intervenuta dapprima la l. n. 41/2007 sul personale incaricato dei servizi di controllo all’interno degli impianti sportivi in occasione di manifestazioni pubbliche (i c.d. *steward*)³ e, successivamente, la l. n. 94/2009 che, rispettivamente, regola gli addetti ai servizi di

¹ Il termine trae ispirazione dall’istituto di origine anglosassone noto come “*neighbourhood watch*”, nato negli anni ‘80 al fine di incentivare la partecipazione diretta di una rete di cittadini, in collaborazione con le forze di polizia locali, investiti di compiti di sorveglianza in un’ottica di prevenzione della criminalità.

² Si riporta la definizione di “sicurezza urbana” data dall’art. 4, d.l. n. 14/2017 che la intende quale «*il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione (anche urbanistica, sociale e culturale) e recupero delle aree o dei (siti degradati), l’eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione (della cultura) del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile [...]».*

³ Cfr. l’art. 2-ter della l. n. 41/2007 che regola il personale addetto agli impianti sportivi.

controllo delle attività di intrattenimento o spettacolo in luoghi aperti al pubblico (i c.d. buttafuori)⁴ e le associazioni di osservatori volontari in materia di sicurezza urbana (le c.d. ronde)⁵.

La sicurezza partecipata, perciò, sembra evocare, da un lato, il principio di sussidiarietà verticale e la sicurezza urbana, dall'altro, i principi di sussidiarietà orizzontale, di solidarietà e di partecipazione⁶. Sicché, la sicurezza partecipata è un elemento integrante del sistema sicurezza e si configura quale un "diritto-dovere" di partecipazione del cittadino, esercitato attraverso l'organizzazione di attività di supporto alle attività istituzionali delle forze di polizia⁷.

Tornando sulla sent. n. 236 del 2020, le censure mosse dal Governo fanno riferimento al contrasto con gli artt. 117, comma 2, lett. g) e h), e 118, comma 3, Cost. in quanto, nel disciplinare il fenomeno del controllo di vicinato, la Regione *de qua* avrebbe violato la competenza esclusiva dello Stato in materia di pubblica sicurezza⁸.

Prima di procedere al commento della sentenza, occorre dare conto del contenuto della legge impugnata.

Anzitutto, enunciando obiettivi di promozione della sicurezza urbana e integrata, la Regione Veneto riconosceva la «*funzione sociale*» del controllo di vicinato e le sue possibili forme associative quale espressione dei principi di sussidiarietà orizzontale e di partecipazione dei privati all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Sulla base di tali premesse, alla regione si attribuiva il compito di incentivare la collaborazione fra amministrazioni statali, istituzioni locali e società civile,

⁴ V. l'art. 3, commi 7 – 13, l. n. 94/2009.

⁵ Normativa introdotta dall'art. 3, commi 40 – 44, l. n. 94/2009.

⁶ In questi termini si esprime S. BONFIGLIO, *Sicurezza integrata e sicurezza partecipata*, in www.democraziaesicurezza.it

⁷ In questo senso, si è parlato anche di sicurezza "sussidiaria" per il riferimento al fatto che «non esistono più attività istituzionali da vivere in solitudine o da rivendicare in modo esclusivo, soprattutto quando riguardano beni essenziali per lo sviluppo e il progresso della società», così I. PORTELLI, *Gli intrecci della sicurezza tra Stato, autonomie locali e società civile*, in *Amministrazione in cammino*, 02.07.2009.

⁸ Più specificatamente, la *vexata quaestio* è data dalla difficoltà di ricondurre la legge regionale veneta a quanto previsto dalla carta costituzionale che all'art. 117, secondo comma, Cost., da un lato preclude alle Regioni di legiferare in materia di ordine pubblico e sicurezza, dall'altro, permette alle medesime di godere delle competenze e delle attribuzioni di organi e uffici pubblici statali, precisando che spetta al legislatore statale l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali. Diversamente, l'art. 118, terzo comma, Cost. attribuisce il coordinamento in detta materia alla legge statale, escludendo, quindi, la facoltà del legislatore regionale di introdurre regole di coordinamento interistituzionale.

definendo il c.d. controllo di vicinato quale quella «*forma di cittadinanza attiva che favorisce lo sviluppo di una cultura di partecipazione al tema della sicurezza urbana ed integrata per il miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità, svolgendo una funzione di osservazione, ascolto e monitoraggio, quale contributo funzionale all'attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio*». Tuttavia, si precisava che non costituiva oggetto dell'istituto l'assunzione di iniziative di intervento per la repressione di reati o di altre condotte a vario titolo sanzionabili (art. 2, comma 2).

Altresì, era previsto che la forma di controllo venisse attuata attraverso una collaborazione tra enti locali, forze dell'ordine, polizia locale e con l'organizzazione di gruppi di soggetti residenti nello stesso quartiere o in zone continue o ivi esercenti attività economiche. Il tutto era finalizzato a integrare l'azione dell'amministrazione locale di appartenenza, puntando al miglioramento della vivibilità del territorio e dei livelli di coesione ed inclusione sociale e territoriale (art. 3).

Più specificatamente, invece, alla giunta regionale spettava la promozione della stipula di accordi o protocolli di intesa con gli uffici territoriali di Governo, attraverso i quali si sarebbero definite e regolate le funzioni svolte di chi avrebbe esercitato forme di controllo di vicinato.

Infine, si definivano ed elencavano i programmi di intervento per l'attuazione di tale modalità di controllo partecipato, prevenendo anche la creazione di una banca dati per il monitoraggio dell'attività «*in relazione a situazioni concernenti potenziali tipologie di reati e il loro impatto sul sistema territoriale*». Il tutto in un'ottica di agevolare l'analisi delle «*misure attuative dei protocolli di intesa e dei patti per la sicurezza urbana sottoscritti nel territorio regionale che prevedano forme di coinvolgimento di vicinato*» (art. 5).

2. La giurisprudenza costituzionale: verso una piena maturazione esegetica in materia di sicurezza e ordine pubblico

La decisione in commento si muove lungo il solco già tracciato dalla recente sent. n. 285/2019, tornando la Corte ad esprimersi sul perenne “nodo gordiano” generatosi tra sicurezza pubblica e ordine pubblico⁹, concetti giuridici oggetto di lunghi e faticosi dibattiti¹⁰. Pertanto, la sent. n. 236/2020 segue quel filone

⁹ Così si esprime G. FAMIGLIETTI, *Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del “magnetismo securitario” (a partire da Corte cost. n. 285 del 2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, alla quale si rimanda per il commento di Corte Cost., sent. n. 285/2019.

¹⁰ Sul punto, si rinvia a T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'amministrazione di pubblica sicurezza e le sue responsabilità. Tra dettato normativo e prassi*, Bologna, 2017; N. GALLO, T.F.

giurisprudenziale che, dalla riforma del Titolo V in avanti, ha insistito su un percorso di razionalizzazione della nozione di sicurezza pubblica. Infatti, occorre tener presente che la riforma suddetta ha introdotto nell'ordinamento italiano un esplicito riconoscimento plurale della nozione sicurezza, configurando anche un rinnovato assetto delle politiche in materia tra i vari livelli, in particolare attribuendo nuovi poteri alle Regioni.

Nello specifico, da una parte, si è assistito alla novella dell'art. 117, comma 2, lett. h) Cost. confermando allo Stato la competenza legislativa in materia di "ordine pubblico e sicurezza" ed escludendo esplicitamente la "polizia amministrativa locale", dall'altra, si è proceduto alla riformulazione dell'art. 118 Cost., comma 3, prevedendo la possibilità di disciplinare con legge statale forme di coordinamento tra lo Stato e le Regioni nella materia dell' "ordine pubblico e sicurezza".

Ora, proprio a riguardo di tale formula – ordine pubblico e sicurezza – gli interventi giurisprudenziali interessati ne hanno affinato il contenuto. Si tratta di un percorso dalle origini risalenti, basti pensare che, già a partire dalla sent. n. 77/1987, la Corte costituzionale definiva la "sicurezza pubblica" quale «*la funzione inerente alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico*», segnando, per certi versi, le direttive lungo le quali si sarebbero mosse anche le decisioni a venire: da un lato, un percorso interpretativo volto a delineare i confini tra sicurezza pubblica e ordine pubblico, dall'altro, l'opera di ricondurre, di volta in volta, il contenuto di un dato istituto a l'una o l'altra tipologia dei beni oggetto di tutela.

Sicché, la definizione data dalla sent. n. 77/1987 ha ispirato la distinzione – poi operata da Corte Cost. n. 218/1988 – tra "polizia amministrativa" e "pubblica sicurezza", intendendo la prima come quelle «*attività di prevenzione o di repressione dirette a evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati alle persone o alle cose nello svolgimento di attività ricomprese nelle materie sulle quali si esercitano le competenze regionali*» e la seconda quale «*le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico*». Si configurava, quindi, una «*interdipendenza funzionale*»¹¹ tra le attività di polizia amministrativa e le materie attribuite agli enti regionali: un concetto distinto, dunque, da quello di "polizia locale urbana e rurale", meglio specificato quale quella attività di polizia svolta «*esclusivamente nell'ambito del territorio comunale e che non siano proprie delle competenti autorità statali*»¹².

GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014; T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2008;

¹¹ In questi termini Corte Cost., n. 77 del 1987.

¹² Così la definisce l'art. 18, d.P.R. n. 616/1977.

Ora, richiamare i suddetti passaggi risulta prodromico all'analisi del quadro attuale; infatti, alla vigilia della revisione del Titolo V della Costituzione, l'impianto riportato veniva confermato dalla Consulta che, con la sent. n. 290/2001, ribadiva la riserva in via esclusiva dello Stato delle funzioni attinenti alla sicurezza pubblica, affermando, altresì, che l'endiadi contenuta all'art. 117, comma 2, lett. h), allude al complesso di «*funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento*». Quindi, non si fa riferimento a qualsiasi interesse pubblico, bensì solo a quelli finalizzati al mantenimento di una ordinata convivenza civile, precisazione doverosa in quanto una «*smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico*» vanificherebbe «*ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali*»¹³.

Ebbene, anche a seguito della riforma del Titolo V, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente ribadito i limiti posti alla potestà normativa regionale, procedendo ad una graduale sistematizzazione della nozione di sicurezza pubblica. Anzi, proprio l'esigenza di evitare una «*smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico*» ha animato la giurisprudenza, la quale si è sostanzialmente mossa in due direzioni: a volte, escludendo la configurabilità della materia "sicurezza e ordine pubblico" in altri ambiti di competenza statale o regionale¹⁴, altre, individuando profili di sicurezza pubblica in materie in astratto devolute alla

¹³ Nello specifico, la Corte afferma che «*una siffatta precisazione è necessaria ad impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali*», Corte Cost., n. 290/2001, della quale si consiglia il commento Q. CAMERLENGO, *Pubblica sicurezza statale e polizia amministrativa locale tra ordine pubblico e sviluppo economico*, in *Le Regioni*, 2, 2002, p. 207.

¹⁴ Sul punto, si ricorda la sent. n. 407/2002 la quale, in linea con Corte Cost., n. 290/2001, afferma che «*il contesto specifico della lettera h) del secondo comma dell'art. 117 [...] induce, in ragione della connessione testuale con "ordine pubblico" e dell'esclusione esplicita della "polizia amministrativa locale", [...] ad un'interpretazione restrittiva della nozione di "sicurezza pubblica". Questa, infatti, secondo un tradizionale indirizzo di questa Corte, è da configurare, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico*», quindi, escludendo nuovamente declinazioni della nozione di sicurezza diverse da quelle già affermate dalla Corte. Cfr. anche Corte Cost., nn. 6, 162, 428 del 2004, 95 e 383 del 2005, 196 del 2009, 226 e 278 del 2010.

competenza regionale, ma pertinenti, per dati aspetti, con la repressione e la prevenzione dei reati di sicura potestà legislativa statale¹⁵.

Orbene, le posizioni esposte sono state ricapitolate nella recente sentenza n. 285/2019, nella quale si osserva come la suddetta endiadi altro non sia che «*una materia in senso proprio, e cioè una materia oggettivamente delimitata*», in relazione alla quale la prevenzione e repressione dei reati rappresenta uno “zoccolo duro” e «*che di per sé non esclude l'intervento regionale in settori ad essa liminari*». Infatti, con espressioni nuove per la giurisprudenza¹⁶, la Corte ha distinto la c.d. “sicurezza in senso stretto” (anche detta “primaria”) di esclusiva competenza statale, dalla “sicurezza in senso lato” (o secondaria), «*capace di ricomprendere un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza anche regionale*» (sent. n. 285/2019)¹⁷.

Le Regioni, dunque, possono, sì realizzare una serie di azioni finalizzate al miglioramento della vivibilità dei propri territori, ma non devono eccedere, però, dalle competenze a queste assegnate in via residuale o concorrente. Per tale motivo, la stessa giurisprudenza costituzionale ha evidenziato l'importanza delle forme di coordinamento introdotte dal nuovo Titolo V, non prescindendo mai dal ruolo della legge statale: infatti, fin dalla risalente sent. n. 134/2004, la Corte ha auspicato «*forme di collaborazione tra apparati statali, regionali e degli enti locali volti a migliorare le condizioni di sicurezza dei cittadini e del territorio*» con la precisazione che quelle collaborazioni «*che coinvolgono compiti e attribuzioni di organi dello Stato non possono essere disciplinate unilateralmente e autoritativamente dalle regioni, nemmeno nell'esercizio della loro potestà legislativa: esse debbono trovare il*

¹⁵ In questo senso, si v. Corte Cost. nn. 222 e 237 del 2006, 167 del 2010 e 35 del 2012. A titolo di esempio, la sent. n. 237 del 2006, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni provinciali di Bolzano in materia di installazione negli esercizi pubblici di determinati apparecchi da gioco, afferma che «*le prescrizioni in tema di numero di apparecchi e di modalità di installazione rispondono ad evidenti esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici ed il fatto che si tratti di locali destinati ad ospitare pubblici esercizi non vale a sottrarre la disciplina in questione alla materia riservata alla potestà legislativa statale*». Si segnala il commento P.BONETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla materia "sicurezza" conferma la penetrazione statale nelle materie di potestà legislativa regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006.

¹⁶ Concetti, invece, già presenti in dottrina, per tutti cfr. T.F.GIUPPONI, cit., 2008.

¹⁷ In linea con la duplice dimensione della sicurezza, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime normative regionali che hanno inciso, anche solo in via potenziale, nell'azione di prevenzione e repressione dei reati, base fondante della sicurezza primaria di competenza statale, cfr. n. 177/2020, n. 35/2012.

*loro fondamento o il loro presupposto in leggi statali che le prevedano o le consentano, o in accordi tra gli enti interessati*¹⁸.

Il percorso della giurisprudenza costituzionale, oggi, fa da contorno al d.l. n. 14/2017: questo – «*anche in attuazione dell'art. 118, c. 3, della Costituzione*»¹⁹ – presenta un'articolata disciplina volta a coordinare l'intervento dello Stato e delle Autonomie territoriali nell'ambito della c.d. "sicurezza integrata", ossia l'insieme degli interventi indirizzati a garantire la promozione e l'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali. In altre parole, il legislatore ha fatto propri i principi costantemente affermati dalla Consulta, ricercando forme di coordinamento più efficaci tra Stato e le Autonomie regionali e locali.

Non è questa la sede per approfondire tale normativa, tuttavia, riportare brevemente i suoi tratti distintivi è utile per contestualizzare la legge Veneto all'interno di un quadro più ampio²⁰.

In primo luogo, si segnalano le "linee generali" per la promozione della sicurezza integrata, adottate dalla Conferenza Unificata su proposta del Ministro dell'Interno, e rivolte al coordinamento tra le forze di polizia statali e locali nei settori d'intervento quali lo scambio informativo, l'interconnessione delle rispettive sale operative a livello territoriale e, in ultimo, l'aggiornamento professionale integrato per gli operatori interessati²¹.

In secondo luogo e in attuazione delle suddette "linee generali", lo Stato e le Regioni possano concludere appositi accordi per la promozione della sicurezza

¹⁸ Così nella parte finale delle motivazioni proposte in Corte Cost., sent. n. 134/2004, della quale si consiglia il commento di P. BONETTI, *Le leggi regionali su materie concernenti la sicurezza devono rispettare la potestà legislativa statale circa le forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico o sicurezza*, in *Le Regioni*, 5, 2004, p. 1168.

¹⁹ Con tale formula si apre il d.l. n. 14/2017 che all'art. 1, c.1 afferma: «*La presente Sezione disciplina, anche in attuazione dell'articolo 118, terzo comma, della Costituzione, modalità e strumenti di coordinamento tra Stato, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano ed enti locali in materia di politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata*».

²⁰ Sul d.l. n. 14/2017, sia consentito rimandare a S.BEDESSI, E.BESSON, G.NAPOLITANO, M. ORLANDO, F. PICCIONI (a cura di), *Il nuovo decreto sicurezza urbana*, Rimini, 2017; V. ITALIA, (a cura di), *La sicurezza delle città*, Milano, 2017; T. F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, in *Istituzione del federalismo*, 1, 2017; C. FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "daspo urbano"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2017.

²¹ V. art. 2, d.l. n. 14/2017.

integrata sul territorio, in particolare – per quel che qui interessa – al rafforzamento dei presidi di sicurezza sul territorio da parte delle forze di polizia statali²².

Infine, a livello locale, Sindaci e Prefetti procedono alla stipula di “patti per la sicurezza urbana”, nel rispetto di specifiche linee guida adottate dalla Conferenza Stato-Città, su proposta del Ministro dell’Interno, al fine di prevenire e contrastare la criminalità diffusa e predatoria, anche attraverso il coinvolgimento delle associazioni di volontari e di sistemi di videosorveglianza, di promuovere e tutelare la legalità, di tutelare il decoro urbano e, da ultimo, di favorire l’inclusione sociale per mezzo di interventi volti ad eliminare i fattori di marginalità e di esclusione sociale²³.

3. Il “controllo di vicinato” è da ricondurre alla nozione di sicurezza urbana

Del complessivo argomentare del giudice costituzionale è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti che, in parte, sono già stati richiamati.

Il *thema decidendum* è stato quello di stabilire se la suddetta legge regionale abbia inciso effettivamente sulla materia dell’ordine pubblico e della sicurezza *ex* art. 117, comma 2, lett. h) e se, conseguentemente, fosse questa riconducibile alle forme di coordinamento fra Stato e Regioni *ex* art. 118, comma 3, Cost.

In particolare, la pronuncia in esame ripropone la distinzione tra sicurezza “in senso stretto” e sicurezza “in senso lato”, al fine di verificare in quale dei due ambiti si collocano le disposizioni regionali contestate.

Ebbene, la legge impugnata qualificava il controllo di vicinato quale «*contributo funzionale all’attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio*»: siffatto inciso, secondo la Corte, non può non riferirsi alla specifica finalità di “prevenzione dei reati”, rappresentando, quindi, il sintomo di uno sconfinamento illegittimo della Regione nell’ambito della sicurezza primaria. Infatti, il tema della prevenzione dei reati costituisce la premessa fondante della funzione di pubblica sicurezza – assieme, ovviamente, alla funzione di “repressione dei reati” – concetto di sicura competenza statale *ex* art. 117, comma 2, lett. h), Cost.

²² Cfr. art. 3, d.l. n. 14/2017.

²³ In questi termini, l’art. 5, d.l. n. 14/2017. Sullo strumento pattizio, si vede la ricostruzione operata da F. MINNI, C. DOMENICALI, *I patti per la sicurezza*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), cit., p. 106 ss. Tra l’altro, specifica la Corte nella sentenza in commento che le «*scansioni in concreto realizzatesi, dopo l’entrata in vigore del decreto-legge, mediante l’adozione, con l’accordo del 24 gennaio 2018 in sede di Conferenza unificata, delle linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata, in attuazione delle quali è previsto che possano essere stipulati tra singole Regioni (o Province autonome) e lo Stato specifici accordi, i quali a loro volta disciplinano gli interventi di promozione della sicurezza integrata nel territorio di riferimento*».

Per lo stesso presupposto costituzionale, anche la previsione della banca dati suddetta esorbita dalle competenze regionali in materia: il ragionamento seguito dalla Corte – tra l’altro, già proposto in sede di sent. n. 177/2020²⁴ – è quello che tale disposizione pare finalizzata ad affermare un ruolo della Regione nell’ambito della sicurezza “primaria”, non specificando, per giunta, i precisi ambiti materiali entro i quali procedere alla raccolta di informazioni.

Le previsioni regionali impugnate, inoltre, non sono riconducibili neppure alle forme di coordinamento, tra Stato e Regioni, già contemplate dalla legge statale in osservanza dell’art. 118, comma 3, Cost. In particolare, attribuendo alla Giunta regionale il compito di promuovere accordi o protocolli di intesa, tra Uffici territoriali di Governo ed enti locali, «*in materia di tutela dell’ordine e sicurezza pubblica*», la Regione Veneto si è posta al di fuori del contorno istituzionale tracciato dal d.l. n. 14/2017, producendo una interferenza del legislatore regionale in una materia nella quale le è precluso intervenire. Infatti, come precisato in precedenza, il decreto suddetto ha delineato le procedure e gli strumenti pattizi mediante i quali realizzare interventi congiunti – Stato e Autonomie locali – nell’ambito della sicurezza “integrata” e “urbana”, e proprio in ragione di questi secondo la Corte, si può a buona ragione escludere la facoltà delle Regioni di legiferare, nello specifico, su forme di controllo del territorio da parte di gruppi di residenti. Anzi, l’osservazione, l’ascolto e il monitoraggio posto in essere dai privati rappresenta, per la Consulta, un insieme di «*attività, tutte, inscindibilmente connesse con la funzione di prevenzione dei reati svolta dalle forze di polizia, e assai distanti da quelle espressamente menzionate dal decreto legge [...]*». Ora, su quest’aspetto si tornerà nelle considerazioni conclusive, basti, però, fin da ora anticipare che le affermazioni della Corte sembrano “stonare” rispetto a posizioni precedentemente assunte dalla giurisprudenza costituzionale in tema di “ronde”.

In conclusione, la Consulta radica l’illegittimità costituzionale della legge nell’invasione, da parte della Regione, delle competenze riservate dalla Costituzione alla legge dello Stato. Altresì, si dichiara l’incostituzionalità *in toto* della legge

²⁴ La sent. n. 177/2020 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una disposizione regione Puglia – art. 6, comma 2, lett. k), l.reg. n. 14/2019 – che prevedeva l’istituzione della «*banca dati dei beni confiscati alla criminalità organizzata esistenti sul territorio regionale*». Nello specifico, la questione di legittimità costituzionale si fondava sulla violazione dell’art. 117, comma 2, lettere h) e l), in quanto si riteneva che la suddetta banca dati interferisse con la funzione della Banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia, operante presso l’ANBSC, istituita ai sensi dell’art. 96, d.lgs. n. 159/2011. Afferma la Corte, dunque, che «*sovrapponendosi alla struttura già disciplinata nel legittimo esercizio della competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza... essa invade gli spazi di potestà esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.*»

regionale perché, presentando un contenuto fortemente omogeneo, dettava una disciplina organica e unitaria del controllo di vicinato, istituto che, alla luce del ragionamento della Corte, rientra sotto la c.d. “sicurezza primaria” ex art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.

Per di più, sul terminare della parte motiva, il giudice costituzionale precisa che resta ferma la possibilità per la sola legge statale di «*disciplinare il controllo di vicinato, eventualmente avvalendosi del contributo delle stesse Regioni [...]»*. Secondo la Corte, il controllo di vicinato è riconducibile all’ampia nozione di sicurezza urbana giuridicizzata dal d.l. n. 14/2017, un’osservazione coerente con le diverse dimensioni abbracciate proprio dalla nozione suddetta²⁵. Del resto, in funzione del principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, comma 4, Cost., il controllo di vicinato è già oggetto di numerosi protocolli di intesa tra gli Uffici territoriali di Governo e Comuni, i quali lo configurano quale uno strumento di partecipazione attiva e responsabilizzazione dei cittadini²⁶.

²⁵ Infatti, si ritiene che, dalla normativa statale, sia stata riconosciuta la dimensione “integrata” della sicurezza urbana, ossia che quest’ultima si persegue grazie al concorso dei vari livelli di governo e di amministrazione. Parla di dimensione “integrata” della sicurezza urbana V. ANTONELLI, *La sicurezza in città ovvero l’iperbole della sicurezza urbana*, in *Istituzione del federalismo*, 1, 2017, p. 31, ove si aggiunge che, nonostante il d.l. n. 14/2017 riporti “*disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*”, manca di definire proprio il concetto di “sicurezza delle città”. Alla luce di ciò, osserva ancora l’autore, che la presente locuzione «*si candida ad abbracciare le diverse nozioni di “sicurezza integrata” e “sicurezza urbana”, queste ultime delimitate normativamente dal decreto legge e rivolte entrambe alla promozione del benessere e della vivibilità delle comunità locali»*. Tra l’altro, già A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Santarcangelo di Romagna, 2010, guardava alla sicurezza urbana come la realizzazione di politiche di “sicurezza delle città” alle quali concorrono più soggetti, nello specifico afferma che «*la sicurezza urbana non è infatti una nuova “materia”, non è (soltanto) esercizio di funzioni di ordine e sicurezza pubblica o di polizia amministrativa locale, ma è il risultato dell’esercizio di funzioni fra di loro coordinate, il frutto di una attività di coordinamento fra funzioni ed attori istituzionali diversi»*.

²⁶ A titolo di esempio, si segnalano i seguenti Protocolli di intesa: quello tra la Prefettura e il comune di Piacenza che indica tra i suoi obiettivi quello di «*favorire la coesione sociale e solidale»*, nonché specifica che trattasi di «*una attività di mera osservazione»*; quello tra la Prefettura di Belluno e una serie di comuni nel bellunese, il quale mira ad «*incrementare i livelli di consapevolezza dei cittadini circa le problematiche del territorio»*; quello tra la Prefettura di Teramo e il comune di Tortoreto, che, all’art. 3, precisa l’attività dei soggetti interessati, escludendo «*ogni possibile forma di pattugliamento attivo, individuale o collettivo del territorio»*.

4. Considerazioni conclusive: è tempo di una legge sul controllo di vicinato?

L'evoluzione giurisprudenziale in materia di sicurezza e ordine pubblico – oggi culminata nella decisione in commento – è segno non solo di provvedimenti legislativi succedutisi nel tempo, bensì riflette anche le profonde trasformazioni socioeconomiche che hanno caratterizzato il nostro Paese.

Non per nulla, la vasta nozione di sicurezza deve essere intesa come un poligono dalle tante facce, un concetto che progressivamente ha conosciuto più dimensioni, tanto che, metaforicamente, vi è chi ha parlato di “magmatismo securitario”²⁷.

Il tema della sicurezza urbana, in particolare, si è dovuto confrontare con differenti problematiche: dalle situazioni di decoro delle città alla difficile convivenza tra i consociati, dai fenomeni di degrado urbano ai dissesti paesaggistici²⁸.

Si è, dunque, assistito ad una graduale dilatazione degli ambiti della sicurezza urbana, conoscendo, a poco a poco, la partecipazione di diversi e più soggetti; una sinergia tra attori diversi, tutti coinvolti sulla base delle loro rispettive competenze.

Concretamente, però, l'ampia nozione di cui sopra conosce, sì la partecipazione di una pluralità di livelli, ma si traduce anche in una organizzazione di tipo “piramidale”, dove il riferimento alla prevenzione generale e il controllo del territorio, comporta, per l'appunto, il richiamo della disciplina statale.

Letta in questi termini, sicuramente la questione veneta non poteva non essere risolta se non nell'illegittimità costituzionale dell'intera legge. Al contrario, nel volersi avvalere del controllo di vicinato quale forma di partecipazione dei privati al tema della sicurezza, la Regione Veneto avrebbe dovuto fare riferimento al d.l. n. 14/2017, da intendere quale l'unica fonte mediante cui realizzare sia interventi congiunti per la sicurezza integrata, sia meccanismi di collaborazione, da parte dei cittadini, alla materia della sicurezza urbana.

Ciò nonostante, alcune perplessità rimangono, anzi, più che delle conclusioni, è del complessivo argomentare dei giudici ciò di cui si vuole riflettere.

Il tema in esame sembra richiamare, per certi versi, quello delle “ronde”, ossia le associazioni di cittadini chiamate a collaborare, in una logica di sicurezza

²⁷ G. FAMIGLIETTI, cit., 2017, 177.

²⁸ Si rimanda a V. ANTONELLI, cit., il quale parla di aumento delle cause di insicurezza in città, perciò, analizzando le novità introdotte dal d.l. n. 14/2017 che hanno razionalizzato e sistematizzato la disciplina delle molteplici misure che nel corso dell'ultimo decennio sono state finalizzate alla promozione e alla tutela della sicurezza urbana. Altresì, si segnala R.SELMINI, *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Roma, 2020, nella quale ben si ripercorre l'evoluzione delle politiche di sicurezza urbana in Italia.

partecipata, con le forze dell'ordine per il controllo del territorio²⁹. Ebbene, oltre il comune elemento della partecipazione dei cittadini, entrambi i fenomeni – controllo di vicinato e ronde – si fondano sulla mancanza di speciali poteri coercitivi, perciò ammettendo, a date condizioni, l'affidamento di alcune attività di pubblica sicurezza a soggetti privati.

Ora, proprio sulle ronde, la Corte si è già pronunciata nella sent. n. 226 del 2010³⁰, nella quale si è dichiarata l'illegittimità parziale della normativa statale impugnata – l'art. 3, comma 40, l. n. 94/2009³¹ – perché lesiva delle prerogative regionali. In particolare, la *vexata quaestio* riguardava il doppio richiamo, da un lato, alla sicurezza urbana e, dall'altro, alle situazioni di “disagio sociale”³², profili entrambi, secondo le regioni ricorrenti, di competenza regionale. Dunque, se per quanto riguarda il riferimento alla sicurezza urbana, la Corte salvaguardava la legge statale, il richiamo al disagio sociale risultava non conforme al dettato costituzionale, sancendo, di conseguenza, l'illegittimità della legge impugnata limitatamente a tale parte. Piuttosto, la Consulta confermava l'appartenenza del “disagio sociale” alle competenze legislative regionali in materia di politiche sociali, e aggiungeva, altresì, che il «*monitoraggio delle “situazioni critiche” rappresenta, infatti, la necessaria premessa conoscitiva degli interventi intesi alla rimozione e al superamento del “disagio sociale”: onde la determinazione delle condizioni e delle modalità con le quali*

²⁹ Con il termine ronde si fa riferimento a gruppi di osservatori privati, volontari e non armati, iscritti in appositi elenchi presso le Prefetture – quindi, in possesso di particolari requisiti – che prestano la propria attività al fine di segnalare alle forze di polizia dello Stato o locali eventi dannosi per la sicurezza urbana. Si v. G. BRUNELLI, *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la “sicurezza partecipata” mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009.; M. CECCHETTI, S. PAJNO, *Quando una “ronda” non fa primavera. Usi e abusi della funzione legislativa*, in *Federalismi.it*, 11, 2009; M. MASSA, *I vigilanti privati e il volto pubblico della sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2009; A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Rimini, 2010.

³⁰ Si segnala il commento di P. BONETTI, *L'attività di osservare e segnalare le situazioni di disagio sociale è un servizio sociale di competenza regionale e non riguarda le ronde per la sicurezza di competenza statale*, in *Le Regioni*, 5, 2011, 990.

³¹ «*I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale*».

³² Con la locuzione “disagio sociale” si intendono una serie di situazioni di emarginazione e di difficoltà di inserimento dell'individuo nel tessuto sociale, originate da fenomeni multifattoriali (economici, familiari, disoccupazione ecc.) e che richiedono interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei “servizi sociali” di competenza legislativa residuale regionale ex art. 117, comma 4, Cost.

i Comuni possono avvalersi, per tale attività di monitoraggio, dell'ausilio di privati volontari rientra anch'essa nelle competenze del legislatore regionale».

A questo punto, occorre mettere in relazione le argomentazioni giurisprudenziali poc'anzi esposte con quelle proposte nella sentenza in commento; proprio il discorso intorno al “disagio sociale”, infatti, si presta, in questa sede, ad alcune valutazioni di largo respiro sul tema del controllo di vicinato.

In primo luogo, ci si domanda se il fenomeno suddetto non possa, a buona ragione, considerarsi strumentale all'attuazione di politiche sociali, quest'ultime, come detto, di sicura competenza regionale. D'altronde, la stessa legge regionale veneta parla di «*riconoscimento della funzione sociale*» del controllo di vicinato e, ancora, di «*strumento di prevenzione finalizzato al miglioramento della qualità di vita dei cittadini*». Queste brevi – e probabilmente, anche simboliche – disposizioni sembrano compatibili con l'interpretazione di “disagio sociale” data dalla Corte nella decisione sulle ronde. In particolare, la funzione di osservazione, ascolto e monitoraggio posto in essere dal controllo di vicinato sembra sovrapporsi, non solo in termini, ma anche semanticamente alle parole della giurisprudenza costituzionale a proposito del «*monitoraggio delle “situazioni critiche”*», considerate – almeno nella vicenda delle ronde – strumentali alla «*rimozione e al superamento del “disagio sociale”*». Allora, se si condivide tale lettura e fermo restando l'esclusione di compiti di prevenzione e repressione dei reati, il controllo di vicinato può essere oggetto di legislazione regionale nel solo ambito dei servizi sociali.

In secondo luogo e in ragione di quanto detto, sorge il dubbio se l'interpretazione odierna della Corte non sia stata mossa da un eccessivo rigorismo, e se, al contrario, vi fossero margini per salvaguardare la normativa regionale ovvero dichiarare l'illegittimità costituzionale limitatamente a precise disposizioni. D'altra parte, è innegabile che il testo legislativo impugnato si contraddistingua per il contenuto altamente simbolico: basti pensare che l'art. 2 della legge impugnata, in termini alquanto generali, parla di «*miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità*» e, altrettanto vagamente, descrive l'attività in senso stretto del controllo di vicinato come il «*contributo funzionale all'attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio*». Proprio l'indeterminatezza delle formule adottate, quindi, certamente ammette l'interpretazione del concetto in questione come una *species* del *genus* “sicurezza pubblica”, ma, allo stesso tempo, non esclude neppure la sua riconduzione a materie di competenze regionali.

In conclusione, si segnala la recente l.reg. Friuli-Venezia Giulia n. 5 del 2021, la quale presenta un contenuto non troppo dissimile dalla legge veneta. Anche quest'ultima riconosce, all'art. 11, la «*funzione sociale del controllo di vicinato (N.d.R.)*». Non solo: siffatta normativa sembra ancor più minuziosa di quella commentata, perlomeno in riferimento ai fini del controllo di vicinato che, sempre all'art. 11, vengono individuati nel «*[...] miglioramento del senso civico, della*

solidarietà collettiva, dell'attività di prevenzione delle criticità territoriali, della vivibilità degli spazi pubblici, delle relazioni tra popolazione, servizi comunali e polizia locale».

Pertanto, la decisione in commento lascia un forte interrogativo sul destino dei presenti e futuri provvedimenti regionali in materia di controllo di vicinato; sulla scia della sentenza odierna, da una parte, è lecito attendere ulteriori ricorsi sul tema esaminato, dall'altra, in ragione dell'interpretazione data dalla Corte, il legislatore statale è chiamato ad intervenire sulla materia del controllo di vicinato, sia perché la legge regionale annullata manifesta sicuramente tendenze securitarie in tal senso, sia perché, come segnalato in precedenza, si registrano, oltre la l. reg. Friuli-Venezia Giulia, numerosi protocolli di intesa, tra Uffici territoriali di Governo e Comuni, proprio sul controllo di vicinato, sintomo, quindi, di un diffuso utilizzo di tale strumento³³.

³³ Nel 2015, è stata fondata una rete a livello nazionale chiamata Associazione Controllo del Vicinato. Inoltre, a partire dal 2017, le aggregazioni spontanee dei cittadini sono state promosse dalle Prefetture attraverso protocolli d'intesa con i Comuni sulle pratiche di CdV grazie alla direttiva del Min. dell'interno (testo coordinato del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14).

Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce

CHIARA SCISSA *

Abstract:

Le recenti pronunce di alcune Corti nazionali – Italia, Francia e Germania - contribuiscono a porre le basi per la creazione di un nuovo filone giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento di forme di protezione nazionale per cause di migrazione a carattere ambientale. L'interpretazione evolutiva e dinamica delle norme in materia di diritti umani alla luce degli effetti di disastri ambientali e climatici e dell'inquinamento atmosferico operata dai giudici nazionali contrasta con il persistente non riconoscimento, sia nel diritto internazionale sia nel diritto dell'Unione, della categoria dei migranti ambientali.

Parole chiave:

Immigrazione; Ambiente; Diritti fondamentali; Cambiamento climatico; Giurisprudenza

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'immobilismo giuridico in materia di migrazioni ambientali: alcuni casi-studio. – 2.1 L'Accordo di Parigi sul clima. – 2.2. Il *Green Deal* europeo e il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. – 3. Il ruolo delle Corti nazionali. – 3.1. I disastri ambientali come violazione del diritto alla vita secondo la Corte Suprema di Cassazione italiana. – 3.2. Le condizioni umanitarie e il principio di *non-refoulement* secondo l'Alto Tribunale amministrativo di Baden-Württemberg. – 3.3 L'inquinamento atmosferico e il diritto alla salute secondo la Corte d'Appello di Bordeaux. – 4. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2021

Suggerimento di citazione

C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale: un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottoranda di ricerca in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna", Pisa. Indirizzo mail: chiara.scissa@santannapisa.it.

1. Introduzione

Successivamente alla storica decisione del Comitato per i Diritti Umani dell'ONU sul caso *Ioane Teitiota c. Nuova Zelanda*¹, le recenti pronunce di alcune Corti degli Stati Membri dell'Unione Europea – Italia, Francia e Germania - contribuiscono a porre le basi per la creazione di un nuovo filone giurisprudenziale che, a partire da un'interpretazione evolutiva e dinamica del diritto nazionale e sovranazionale, ha portato al riconoscimento di forme di protezione nazionale per cause ambientali. L'azione intrapresa dalle Corti nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali assume ancora più rilevanza se inseriamo le sentenze in questione nel contesto giuridico di riferimento. Gli accesi dibattiti accademici ed istituzionali dei primi anni '90 - volti ad esplorare le interconnessioni tra ambiente e migrazione, investigando la natura, le caratteristiche e le implicazioni giuridiche di tale fenomeno - si sono bruscamente interrotti, in parte per mancanza di dati che provassero all'epoca l'esistenza di una matrice ambientale come principale causa di migrazione e di studi che verificassero la natura volontaria o forzata di tali spostamenti nonché la portata interna o internazionale degli stessi e, in parte, per resistenze politiche poste in essere dagli Stati. A più di trent'anni dalla diffusione della nozione, poi naufragata, di "rifugiati ambientali" ad opera dell'UNEP (United Nations Environmental Programme), il diritto internazionale e dell'Unione non presentano ancora una definizione di migranti ambientali né prevedono il conferimento di uno status di protezione per tale categoria.

¹ Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, caso 2727/2016 *Ioane Teitiota v. New Zealand*, decisione adottata dal Comitato ai sensi dell'articolo 5, comma 4, del Protocollo addizionale, del 24 ottobre 2019. Sul punto, si rinvia a BRAMBILLA A., CASTIGLIONE M., *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, rubrica Diritti senza Confini, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/migranti-ambientali-e-divieto-di-respingimento-14-02-2020.php>, BEHRMAN S., KENT A., *The Teitiota Case and the limitations of the human rights framework*, in *Questions of International Law*, November 2020, <http://www.qil-qdi.org/the-teitiota-case-and-the-limitations-of-the-human-rights-framework>; WEISS K.R., *The Making of a Climate Refugee*, in *Foreign Policy*, 28 January 2015, <https://foreignpolicy.com/2015/01/28/the-making-of-a-climate-refugee-kiribati-tarawa-teitiota/>; UNHCR, UN Human Rights Committee decision on climate change is a wake-up call, according to UNHCR, 24 January 2020, <https://www.unhcr.org/news/briefing/2020/1/5e2ab8ae4/un-human-rights-committee-decision-climate-change-wake-up-call-according.html>; RIVE V., *Is an enhanced non-refoulement regime under the ICCPR the answer to climate change-related human mobility challenges in the Pacific? Reflections on Teitiota v New Zealand in the Human Rights Committee*, November 2020, <http://www.qil-qdi.org/is-an-enhanced-non-refoulement-regime-under-the-iccpr-the-answer-to-climate-change-related-human-mobility-challenges-in-the-pacific-reflections-on-teitiota-v-new-zealand-in-the-human-rights-committee>.

L'immobilismo normativo del diritto internazionale e dell'Unione sul tema si sostanzia in innumerevoli atti non vincolanti (Dichiarazioni e Patti a livello internazionale, Risoluzioni e Raccomandazioni nel diritto UE) che incoraggiano flebilmente gli Stati parte a riconoscere l'impatto del cambiamento ambientale e climatico sulle popolazioni più vulnerabili e a prevenire le cause ambientali di migrazione². Negli ultimi anni sono state almeno tre le occasioni perse, a livello internazionale e dell'Unione, per colmare tale limbo normativo.

A tal proposito, la prima sezione di questo lavoro si propone di analizzare l'Accordo di Parigi sul clima, il *Green Deal* europeo e il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. La comunità internazionale, nel primo caso, e la Commissione europea, nei restanti due casi, ben avrebbero potuto riconoscere la profonda connessione tra le minacce ambientali, il cambiamento climatico e la migrazione. La scelta opposta è figlia, a parere di chi scrive, di una politica miope che tenta di sfuggire al riconoscimento della realtà fattuale al solo fine di evitare di contrarre nuovi obblighi legalmente vincolanti. A fronte di tale immobilismo normativo, la seconda parte propone l'analisi degli aspetti più rilevanti di tre recenti pronunce adottate rispettivamente dalla Corte di Cassazione italiana, dall'Alto Tribunale amministrativo di Baden-Württemberg e dalla Corte d'Appello di Bordeaux al fine di sottolineare il ruolo propulsore delle Corti nel promuovere un'interpretazione dinamica ed evolutiva del diritto esistente al fine di rispondere alle attuali cause di migrazione forzata. Le sentenze in oggetto, in particolare, si contraddistinguono per il riconoscimento degli ostacoli posti in essere da fattori ambientali e climatici al pieno esercizio dei diritti fondamentali. Proprio su questo punto si impernia la decisione dei giudici nazionali di fornire protezione per motivi umanitari ai richiedenti o di impedirne il rimpatrio nel Paese di origine.

2. L'immobilismo giuridico in materia di migrazioni ambientali: alcuni casi-studio

Il cambiamento climatico è ormai indubbiamente al centro del dibattito mediatico, politico ed accademico. Sempre più spesso l'impatto delle variazioni del clima viene analizzato in relazione a target precisi - territorio, città, infrastrutture, persone a rischio - registrando inevitabilmente un crescente aumento della vulnerabilità dei medesimi a fronte di disastri ambientali progressivamente più frequenti e

² Per un approfondimento, si veda BRAMBILLA A., *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it>; AFIFI A., JAGER J., *Environment, Forced Migration and Social Vulnerability*, Springer 2010.

violenti³. I vertici internazionali degli ultimi anni – il Summit delle Nazioni Unite a New York nel settembre 2015 per lo sviluppo sostenibile, la Conferenza delle Parti sul clima di Parigi (COP21) che, nel dicembre dello stesso anno, ha portato all'adozione dell'Accordo di Parigi⁴ e la COP25 di Madrid - ci ricordano l'importanza cruciale del tema. Gli output di questi vertici internazionali trattano il cambiamento climatico come l'urgenza del nostro tempo, in cui il punto di non ritorno è sempre più vicino. Eppure, gli strumenti deliberati dalle più alte cariche internazionali sembrano contraddire tale urgenza. Emblematicamente, almeno tre occasioni dimostrano la riluttanza comunemente sentita dagli Stati di formalizzare il riconoscimento delle cause ambientali di migrazione in strumenti giuridicamente vincolanti: l'Accordo di Parigi, a livello internazionale, il *Green Deal* europeo⁵ e il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo⁶, a livello dell'Unione.

2.1 L'Accordo di Parigi sul clima

L'Accordo di Parigi supera la distinzione fino a quel momento operata dalla maggior parte di trattati internazionali in materia ambientale tra protezione dell'ambiente e dei diritti umani⁷, riconoscendo l'impatto del cambiamento climatico sul loro pieno esercizio⁸. Nel preambolo si legge infatti: “*Acknowledging that climate*

³ Per un esame della vulnerabilità per cause ambientali da una prospettiva etico-giuridica, si rimanda a FINEMAN M.A., *The vulnerable subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008 20(1); BUTLER J., *Rethinking Vulnerability and Resistance*, in BUTLER J., GAMBETTI Z., SABSAY L. (a cura di) *Vulnerability in Resistance*, Duke University Press 2016.

⁴ Conference of the Parties, Adoption of the Paris Agreement, Dec. 12, 2015, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1 (Dec. 12, 2015), https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

⁵ COM(2019) 640 final, Il Green Deal europeo, COM(2019) 640 final, Bruxelles, 11 dicembre 2019

⁶ COM(2020) 609 final sul Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, Bruxelles, 23 settembre 2020

⁷ A titolo di esempio, infatti, non vi è menzione dei diritti ambientali nella Dichiarazione Universale per i Diritti dell'Uomo (1948) né nel Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici (1966). Il Patto Internazionale per i Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966) contiene un riferimento all'ambiente quale componente del diritto alla salute, pertanto non costituendo una fattispecie autonoma. Tale ostacolo fu superato per la prima volta dalla Convenzione di Århus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 1998.

⁸ Come notato, infatti, la comunità internazionale ha spesso preferito affrontare i due temi separatamente, isolando l'uno dall'altro. Si veda, UNEP-OHCHR, High-Level Expert

change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity". Secondo l'Agenzia ONU per la Migrazione (OIM)⁹, l'inclusione di uno specifico linguaggio che consolidi il rispetto, la promozione e la considerazione dei diritti umani dei migranti e delle persone in situazioni vulnerabili rappresenta un passo importante verso il pieno rispetto dei loro diritti fondamentali. Tuttavia, il fatto che tale riferimento sia stato inserito unicamente nel preambolo, e non già nella sua parte legalmente vincolante, non è passato inosservato e ha sollevato importanti critiche¹⁰. A parere di chi scrive, sembra inoltre che questo paragrafo sia stato utilizzato per contenere in un unico punto tutti i riferimenti che avrebbero potuto generare resistenze ai più. È qui, infatti, che è possibile rintracciare il solo riferimento alla protezione dei diritti dei migranti, dei minori, delle persone con disabilità e altre categorie di persone particolarmente vulnerabili. Inoltre, nonostante l'inclusione del summenzionato paragrafo sia comunque da accogliere con favore, preme ricordare che ciò è quanto rimane di una riflessione più ampia che aveva portato i *travaux préparatoires* dell'Accordo di Parigi a riconoscere, per la prima volta in un trattato internazionale, l'esistenza dei migranti e degli sfollati climatici.

Nel *draft* preparato tra il 29 novembre e il 5 dicembre 2015¹¹, infatti, il preambolo proposto dall'*Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced*

Meeting on the New Future of Human Rights and the Environment: Moving the Global Agenda Forward, Nairobi (30 November – 1 December 2009)

⁹ DE BODE L., "*Climate Migrants*" recognized in Paris draft agreement, in *Al Jazeera*, 11 December 2015, <http://america.aljazeera.com/articles/2015/12/11/climate-migrants-included-in-paris-draft-agreement.html>. La rilevanza costituita dal summenzionato paragrafo è stata altresì sottolineata da UNHCR, <https://www.unhcr.org/news/press/2021/2/601af5b14/unhcr-iom-call-improved-safeguards-displaced-frontlines-climate-emergency.html>

¹⁰ LAVRYSEN L., *The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights*, UNECE Working Group of the Parties to the Aarhus Convention, 2010, pp. 649-673. Si segnala, inoltre, BRATSPIES R., *Claimed not Granted: Finding a human right to a healthy environment*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2017 26(2), pp. 263-280.

¹¹ Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Second session, part twelve, Paris, 29 November to 5 December 2015, <https://unfccc.int/process/conferences/past-conferences/paris-climate-change-conference-november-2015/statements-and-resources/negotiating-updates/progress-on-text-draft-paris-outcome>

Action non solo sosteneva, in maniera piuttosto simile alla sua versione finale, la necessità di proteggere i diritti umani dei migranti nel contesto del cambiamento climatico, ma l'articolo 5, comma 3, (provvisoriamente intitolato “*Loss and Damage*”) concludeva sottolineando il ruolo del Comitato Esecutivo del Meccanismo Internazionale di Varsavia (MIV) nelle funzioni di coordinamento per gestire, rispettivamente, il “[...] *climate change induced displacement, migration and planned relocation*”. La disposizione, pertanto, non solo poneva in doppia relazione, sia diretta che indiretta (“*induced*”), i fattori climatici e gli spostamenti di persone, ma riconosceva altresì la portata sia interna, elemento tipico della definizione giuridica del *displacement*, sia internazionale, propria dei più ampi movimenti migratori, del fenomeno. La bozza del 9 dicembre¹² manteneva tutti i riferimenti sopracitati. La versione provvisoria del 10 dicembre¹³ aveva poi alimentato forti aspettative sia negli attivisti per i diritti umani sia nell'OIM. Essa ampliava le funzioni del MIV, chiamato anche a promuovere l'acquisizione di competenze sul *climate change displacement* (articolo 51(b) provvisorio), mentre l'articolo 5, comma 2, lettera (f) provvisorio sottolineava il dovere degli Stati, in nome della cooperazione internazionale e della solidarietà, ad affrontare le perdite e i danni associati ai drastici effetti del cambiamento climatico, inclusi quelli riferiti allo spostamento e alla migrazione indotti dal cambiamento climatico e al ricollocamento pianificato¹⁴. Tale inclusione avrebbe aperto la strada all'effettivo riconoscimento dei migranti

¹² Draft Text on COP 21 agenda item 4 (b) Durban Platform for Enhanced Action (decision 1/CP.17). Adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties. Version 1 of 9 December 2015 at 15:00, available at <https://unfccc.int/process/conferences/past-conferences/paris-climate-change-conference-november-2015/statements-and-resources/negotiating-updates/progress-on-text-draft-paris-outcome>

¹³ Draft Text on COP 21 agenda item 4 (b) Durban Platform for Enhanced Action (decision 1/CP.17). Adoption of a protocol, another legal instrument, or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties. Version 2 of 10 December 2015 at 21:00, available at <https://unfccc.int/process/conferences/past-conferences/paris-climate-change-conference-november-2015/statements-and-resources/negotiating-updates/progress-on-text-draft-paris-outcome>

¹⁴ Sul punto, si veda WARNER K., *Coordinated approaches to large-scale movements of people: contributions of the Paris Agreement and the Global Compacts for migration and on refugees*, in *Population and Environment*, 2018 (39) e WARREN P. D., *Forced Migration after Paris COP21: Evaluating the “Climate Change Displacement Coordination Facility”*, in *Columbia Law Review*, 2016, 116(8).

climatici e alla protezione da quella che, secondo il Direttore Generale dell'OIM¹⁵, rappresenta una delle cause primarie di migrazione.

Vi è poi un altro aspetto da sottolineare, ossia che questa stessa tesi era stata sostenuta da numerosi leader politici già all'apertura della COP21. Tra i molti, l'allora Presidente della Repubblica Francese Hollande, così descriveva il riscaldamento globale: *“Le réchauffement annonce des conflits comme la nuée porte l'orage. Il provoque des migrations qui jettent sur les routes plus de réfugiés que n'en génèrent les guerres. Des Etats risquent de ne pas pouvoir satisfaire les besoins vitaux de leurs populations avec des risques de famine, d'exode rural massif et d'affrontement pour accéder à l'eau.”*¹⁶. Il Presidente delle Isole Fiji preannunciava “l'estinzione” di tre nazioni – Kiribati, Tuvalu e le Isole Marshall – a causa dell'innalzamento del livello del mare ed il conseguente ricollocamento di decine di comunità¹⁷. Dichiarava, inoltre, di aver iniziato discussioni con le isole di Tuvalu e Kiribati per stabilire un “rifugio permanente” dei loro cittadini sulle isole Fiji. La Papua Nuova Guinea sollecitava gli Stati all'azione immediata e all'impegno concreto per evitare gli spostamenti forzati di popolazioni colpite dal cambiamento climatico come già accaduto, ricordava il Primo Ministro, nel caso della comunità delle Isole Carteret, a causa dell'innalzamento del livello del mare e della scarsità di acqua potabile¹⁸. Tuttavia, le aspettative furono presto deluse dall'ultima versione del 12 dicembre 2015, poi adottata dalla COP21, la quale ha abbandonato ogni riferimento ai migranti e sfollati climatici, trovando forte opposizione dei Paesi occidentali e dall'Australia. Quest'ultima, in particolare, temeva di favorire l'afflusso di un

¹⁵ IOM Press Release, IOM welcomes inclusion of “climate migrants”, “climate migration” in Draft Paris COP Agreement, 11 December 2015, <https://www.iom.int/news/iom-welcomes-inclusion-climate-migrants-climate-migration-draft-paris-cop-agreement>

¹⁶ Discours du Président de la République M. Francois Hollande, Ouverture du “Leaders’ event” COP21, Paris-Le Bourget, 30 novembre 2015, https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_statement_hollande.pdf. In italiano: “Il riscaldamento globale preannuncia i conflitti come la nuvola preannuncia la tempesta. Provoca delle migrazioni che gettano sulle rotte più rifugiati di quanto facciano le guerre. Alcuni Stati rischiano di non poter soddisfare i bisogni vitali delle loro popolazioni con rischio di carestia, esodi rurali massicci e conflitti per accedere all'acqua”.

¹⁷ Fiji's Statement at the COP-21 United Nations Conference on Climate Change, H.E. Mr. Josaia Voreqe Bainimarama, Prime Minister of Fiji, Paris, 30 November 2015, https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_fiji.pdf

¹⁸ Statement by Hon. Peter O'Neill CMG MP, Prime Minister UNFCCC, 21st Conference of the Parties (COP21), Session, 30 November 2015, Paris, France, https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_papua_new_guinea.pdf

numero potenzialmente alto di migranti climatici provenienti da luoghi particolarmente vulnerabili al cambiamento climatico, come le isole del Pacifico, l'Indonesia e le Filippine¹⁹.

2.2 Il *Green Deal* europeo e il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo

Celato tra i numerosi temi innovativi presentati dal *Green Deal*, la Commissione riconosce esplicitamente il nesso tra fattori ambientali e migrazioni nella parte in cui sostiene che le sfide ambientali e climatiche moltiplichino l'instabilità e la vulnerabilità degli individui, pertanto rinnovando l'impegno europeo alla collaborazione con i Paesi terzi per prevenire migrazioni forzate e spostamenti di popolazione²⁰. Si assiste poi, con rammarico, all'esaurirsi del tema lì dove era iniziato, senza essere riproposto e adeguatamente approfondito in nessuno degli strumenti proposti dal *Green Deal*. Allo stesso modo, il Nuovo Patto menziona a più riprese il cambiamento climatico tra le maggiori sfide globali che caratterizzeranno i presenti e futuri flussi migratori²¹ e la Commissione sembra trovare nell'assistenza allo sviluppo la via per contrastare le cause strutturali di migrazione, salvo poi dedicarvi un mero cenno in un atto non vincolante allegato al Patto²².

Nonostante, quindi, la Commissione abbia essa stessa riconosciuto le molteplici interconnessioni, dirette e indirette, tra cambiamento climatico e migrazione, l'approccio adottato verso la lotta al cambiamento climatico e la gestione dei flussi migratori e richiedenti protezione internazionale risulta essere agli antipodi. Mentre nel *Green Deal* la Commissione si fa promotrice di una strategia capillare e innovativa per rivoluzionare l'Europa verso un nuovo futuro senza emissioni - in cui la transizione ecologica avrà successo solamente se sarà giusta e inclusiva, in ottemperanza al principio *to leave no one behind* -, nel Nuovo Patto essa approccia la migrazione in maniera opposta. La dottrina sembra infatti concordare sull'approccio securitario assunto dalla Commissione, mentre copiose sono le analisi²³ del

¹⁹ WARREN P.D., *Forced Migration after Paris COP21: Evaluating the "Climate Change Displacement Coordination Facility"*, in *Columbia Law Review*, December 2016 116(8), pp. 2103-2144. Vedasi anche, WALIA H., *Why Migration should be central to Paris COP21 Climate Talks*, in OP-ED, 30 November 2015, <https://truthout.org/articles/why-migration-should-be-central-to-paris-cop21-climate-talks/>

²⁰ COM(2019) 640 final, p. 21

²¹ COM(2020) 609 final, pp. 1 e 17

²² BORRACCETTI M., *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: Continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n.1/2021, p.10

²³ Sul punto si vedano gli speciali sul New Pact in eumigrationblog.eu, Il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo su adimblog.com. Si segnalano, tra i molti, DI PASCALE A., *Il Nuovo Patto per l'immigrazione e Asilo: Scontentare Tutti per Accontentare Tutti*, in *Eurojus*;

Patto che manifestano forte preoccupazione per il rischio di esclusione della maggior parte di cittadini di Stato terzo dalle garanzie di protezione e accoglienza e le restrizioni *de jure* e *de facto* del loro diritto di asilo, violando le norme europee preposte alla sua salvaguardia²⁴. Tale polarizzazione non risulta essere coerente con la portata globale dell'impatto del cambiamento climatico né con la diversa intensità a cui i Paesi vi saranno esposti. Gli Stati più vulnerabili al cambiamento climatico coincidono, com'è noto, con quelli più deboli dal punto di vista socio-economico, le cui risorse umane e finanziarie non sono sufficienti per adottare piani di mitigazione e adattamento e per promuovere strategie di resilienza per le proprie comunità, spingendo proprio le persone più vulnerabili a fuggire altrove. Una politica responsabile non può promuovere soluzioni parziali a sfide globali chiudendosi all'interno di una fortezza immaginaria, dovendo al contrario ambire al benessere di ognuno.

3. Il ruolo delle Corti nazionali

L'importanza di un'azione arginante i drastici effetti del cambiamento climatico così come il riconoscimento degli obblighi normativi derivanti dalla legislazione ambientale e in materia di diritti fondamentali sono stati da tempo significativamente promossi dalle corti nazionali. Non da ultimo, nel celebre caso Urgenda²⁵, la Suprema Corte olandese ha affermato l'obbligo per lo Stato di prevenire i danni provocati dal cambiamento climatico con particolare attenzione al rispetto del diritto alla vita e alla vita privata e familiare, come stabilito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel febbraio 2021, il Tribunale amministrativo di Parigi²⁶ ha inoltre ritenuto lo Stato francese responsabile di un danno ecologico da

BORRACCETTI M., *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti Comparati*, 5 novembre 2020, <https://www.diritticomparati.it/il-patto-europeo-sullimmigrazione-e-lasilo-e-la-sua-solo-annunciata-discontinuita/>; FAVILLI, C., *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "C'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, rubrica Diritti senza Confini.

²⁴ ASGI, 70 ONG sul patto migrazione e asilo: necessario modificare gli aspetti problematici e ampliare gli aspetti positivi, 6 ottobre 2020, <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/70-ong-sul-patto-migrazione-e-asilo-necessario-modificare-gli-aspetti-problematici-e-ampliare-gli-aspetti-positivi/>

²⁵ Supreme Court of the Netherlands, *The State of The Netherlands v Urgenda Foundation*, Case No 19/00135, 20 December 2019. Una traduzione in inglese non ufficiale è disponibile qui: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007>>.

²⁶ Tribunal Administratif de Paris, 4ème section – 1ère chambre, *Association Oxfam France, Association Notre Affaire À Tous, Fondation pour la Nature et L'homme, Association Greenpeace France contre la République Française*, n. 1904967, 1904968, 1904972,

imputare, parzialmente, al mancato rispetto dei propri obblighi in materia ambientale e climatica. Infine, nel commentare una innovativa pronuncia con la quale il Tribunale costituzionale tedesco²⁷ sostanzia la condanna dello Stato sulla base dell'illegittimo onere delle future generazioni di dover esporre le loro vite ad una più ampia perdita di libertà, Roberto Bin ha concluso che si trattasse di “*una sentenza rivoluzionaria, che può aprire la porta a una svolta fondamentale della tutela dei nostri attuali diritti in relazione ai mutamenti climatici*”²⁸, mentre dall'analisi condotta da Michele Carducci è emerso che le “*libertà umane siano 'climaticamente condizionate' e dipendano dalla custodia permanente del sistema climatico*”²⁹.

Muovendo dalla prospettiva della tutela dei diritti fondamentali *tout court* alla protezione più specifica dei diritti fondamentali dei cittadini di Stato terzi da fattori ambientali, si può apprezzare, ancora una volta, l'azione preponderante svolta dalla giurisprudenza. Infatti, se da un lato l'ordinamento internazionale ed europeo non hanno fornito per il momento alcuna risposta efficace ed effettiva alle migrazioni ambientali, alcune recenti pronunce dimostrano il ruolo propulsore di alcune Corti che, promuovendo un'interpretazione evolutiva e piena dei diritti fondamentali dell'individuo, hanno riconosciuto forme di protezione nazionale o annullato la decisione di rimpatrio per cause ambientali, nonostante l'assenza di definizioni giuridiche e strumenti di protezione *ad hoc* a cui poter fare riferimento. I paragrafi che seguono propongono una descrizione degli aspetti più salienti di tre recenti pronunce sul tema operate dai giudici italiani, tedeschi e francesi.

1904976/4-1, Lecture du 3 février 2021, <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/179360/1759761/version/1/file/1904967190496819049721904976.pdf>

²⁷ Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, disponibile una sintesi in italiano qui: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1619774479177.pdf. In lingua originale, qui: https://www.bundesverfassungsgesicht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html

²⁸ BIN R., *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 Aprile 2021, <http://www.lacostituzione.info/index.php/2021/04/30/la-corte-tedesca-e-il-diritto-al-clima-una-rivoluzione/>

²⁹CARDUCCI M., *Libertà “climaticamente” condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 Maggio 2021, http://www.lacostituzione.info/index.php/2021/05/03/liberta-climaticamente-condizionate-e-governo-del-tempo-nella-sentenza-del-bverfg-del-24-marzo-2021/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+LaCostituzionePuntoInfo+%28La+Costituzione.info%29

3.1 I disastri ambientali come violazione del diritto alla vita secondo la Corte Suprema di Cassazione italiana

Il 12 novembre 2020, la Corte Suprema di Cassazione, seconda sezione civile, pronuncia un'ordinanza³⁰ di cruciale importanza ai fini dell'interpretazione del diritto interno in materia di protezione umanitaria alla luce di circostanze ambientali. Il caso originava da un ricorso proposto da un richiedente asilo proveniente dal delta del Niger avverso il rigetto di protezione sussidiaria o, in subordine, della protezione umanitaria *ex* articolo 5, comma 6, D.lgs. n. 286/1998 da parte del Tribunale di Ancona. Il ricorrente lamentava l'irrelevanza attribuita dal giudice di merito alla situazione ambientale e climatica del suo luogo di provenienza. Il delta del Niger è notoriamente ricco di petrolio, una risorsa che ha reso l'area politicamente instabile e contaminata. La popolazione locale non beneficia affatto dei proventi derivanti da tale risorsa, dato lo sfruttamento indiscriminato da parte di numerose compagnie petrolifere e la presenza di gruppi paramilitari che si contendono il controllo delle risorse petrolifere del sottosuolo. A ciò si aggiungono, da un lato, conflitti etnico-politici, furti e sabotaggi che hanno comportato sversamenti di petrolio che hanno reso la zona altamente inquinata e, dall'altro, rapimenti di autorità pubbliche e attacchi contro le forze di polizia che hanno da tempo compromesso la stabilità politica dell'area. Nonostante queste circostanze, ampiamente documentate, siano state riconosciute dallo stesso giudice marchigiano, non sono state ritenute sufficienti ai fini della protezione sussidiaria *ex* articolo 14 lettera c) del D.lgs. n. 251/2007, in quanto non raggiungevano la soglia di gravità richiesta per configurarsi come situazione di violenza generalizzata in situazioni di conflitto armato tali da costituire una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona. Allo stesso modo, la presenza di disastri ambientali e diffusa instabilità nel delta del Niger non sono state tenute in alcuna considerazione ai fini del conferimento della protezione umanitaria.

I giudici aditi, in primo luogo, ricordano la pronuncia del Comitato ONU sul caso *Teitiota*, con cui ha affermato il principio per cui gli Stati debbano proteggere il diritto alla vita anche in caso di minacce ragionevolmente prevedibili e di situazioni che possano comportare un sostanziale peggioramento delle condizioni di esistenza, ivi inclusi il cambiamento climatico, il degrado ambientale e lo sviluppo insostenibile così come i loro effetti. Tali fenomeni, costituenti secondo il Comitato³¹ alcune delle minacce più gravi ed urgenti alla vita delle generazioni presenti

³⁰ Corte di Cassazione, seconda sez. Civile, ordinanza n. 5022/2021 del 12 novembre 2020.

³¹ Comitato ONU, caso *Ioane Teitiota v. New Zealand*, para. 9.4 e 9.5, menzionati anche nell'ordinanza in oggetto, Corte di Cassazione, p. 4

e future, possono peggiorare il benessere dell'individuo e causare una violazione del diritto alla vita ai sensi dell'articolo 6 del Patto Internazionale per i Diritti Politici e Sociali. Dall'analisi condotta dal Comitato, i giudici *a quo* sostengono che il rischio di compromissione del diritto alla vita e ad un'esistenza dignitosa vada interpretato alla luce delle condizioni socio-ambientali del contesto di provenienza. La Corte di Cassazione rileva, infatti, che il diritto alla vita non è suscettibile di violazione soltanto in caso di conflitti armati ma anche nel caso in cui le condizioni socio-ambientali, comunque riconducibili alla condotta umana, siano tali da mettere a serio rischio la sopravvivenza dell'individuo e dei suoi congiunti. In questo senso, continua la Corte, *“la guerra, o in generale il conflitto armato, rappresentano la più eclatante manifestazione dell'azione autodistruttiva dell'uomo, ma non esauriscono l'ambito dei comportamenti idonei a compromettere le condizioni di vita dignitosa dell'individuo.”*³². Il riferimento alla dignità personale, in particolare, comprende quel nucleo essenziale ed ineludibile di diritti fondamentali – quali il diritto alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione – che non può mai essere scalfito.

Fin qui, il ragionamento della Corte sembra condurre ad una nuova (e rivoluzionaria) interpretazione dell'art. 14 lett. c) del d.lgs.251/2007 per cui, ai fini della protezione sussidiaria, il giudice di merito deve tener in conto le minacce gravi e individuali alla vita o alla persona non solo derivanti da un conflitto armato, ma di tutte quelle circostanze che, parimenti, pongono a rischio la vita e la dignità dell'individuo. Tale interpretazione avrebbe inoltre rettificato la posizione assunta dalla stessa Corte un anno prima³³, in un'ordinanza in cui i giudici escludevano la condizione ambientale e climatica del Paese di origine dalla lista di danno grave di cui il summenzionato art. 14. Nel presente caso, tuttavia, la riflessione della Corte devia verso la concessione della protezione umanitaria, ponendo l'accento sul disastro ambientale quale violazione di quel nucleo inderogabile di diritti, menzionato poc'anzi, la cui protezione giustifica il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Dall'ordinanza si legge infatti che tale nucleo non fa riferimento solo ai conflitti armati, ma anche a tutte quelle *“condizioni di degrado sociale, ambientale o climatico, ovvero a contesti di insostenibile sfruttamento delle risorse naturali, che comportino un grave rischio per la sopravvivenza del singolo individuo.”*³⁴. Pertanto, il ricorso viene accolto con cassazione della decisione del Tribunale di Ancona e rinvio della causa per ulteriore valutazione del conferimento della protezione umanitaria al caso di specie.

³² Corte di Cassazione, ordinanza n. 5022/2021, p. 6

³³ Corte di Cassazione, prima sezione, Ordinanza n. 7832 del 20 marzo 2019, <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=at-tach&db=snciv&id=./20190320/snciv@s10@a2019@n07832@tO.clean.pdf>

³⁴ Corte di Cassazione, ordinanza n. 5022/2021, p. 6

3.2 Le condizioni umanitarie e il principio di non-refoulement secondo l'Alto Tribunale amministrativo di Baden-Württemberg

In una recente sentenza, l'Alto Tribunale amministrativo di Baden-Württemberg³⁵ annulla la decisione di rimpatrio emessa nei confronti di un cittadino afgano in virtù delle condizioni ambientali e climatiche del Paese di origine. A ciò, i giudici aggiungono il drastico peggioramento delle condizioni umanitarie dovute al diffondersi della pandemia da COVID-19. In base alla Sezione 60, comma 5, della Legge sulla Residenza che disciplina il divieto al rimpatrio, uno straniero non può essere allontanato dal territorio dello Stato quando l'eventuale provvedimento di rimpatrio configura una violazione della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU). Già in passato la Corte Suprema tedesca³⁶ aveva interpretato le condizioni umanitarie del Paese di origine come atti comparabili a trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'articolo 3 CEDU, attivando la clausola di cui sopra. La valutazione delle condizioni umanitarie alla luce di suddetta disposizione CEDU, come precisato dalla Corte Suprema, deve tener conto sia delle condizioni sociali ed economiche del Paese sia della situazione peculiare in cui versa l'individuo. Nel proprio esame, il Tribunale di Baden-Württemberg ha pertanto considerato la situazione economica del Paese e la sua generale instabilità politica, l'effettivo accesso al cibo, all'alloggio e alle cure, l'impatto della attuale crisi sanitaria e le condizioni ambientali³⁷. L'Afghanistan è, infatti, uno dei Paesi più vulnerabili al cambiamento climatico e, al tempo stesso, uno dei meno equipaggiati a fronteggiarne gli impatti. L'UNEP³⁸ stima, infatti, che l'80% dei conflitti ancora in corso sul territorio afgano riguardi il controllo delle risorse naturali, dell'acqua e

³⁵ VGH Baden-Wuerttemberg, judgement of 17 December 2020 – A 11 S 2042/20 <https://verwaltungsgerichtshof-baden-wuerttemberg.justiz-bw.de/pb/.Lde/8969988/?LISTPAGE=1213200>

³⁶ BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 09.02.2021, ECLI:DE:BVerfG:2021:qk20210209.2bvq000821, disponibile in lingua tedesca http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjr-sprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE442032101&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

³⁷ SCHLOSS C., *Climate migrants – How German courts take the environment into account when considering non-refoulement*, *Völkerrechtsblog*, 3 March 2021

³⁸ UNEP, *Natural Resource Management and Peacebuilding in Afghanistan*, May 2013, disponibile in lingua inglese: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7685/-Natural_resource_management_and_peacebuilding_in_Afghanistan-2013Natural_resources_management_peacebuilding_afghanistan.pdf.pdf?sequence=3&am%3BisAllowed=

della terra. Nel considerare anche i fattori ambientali tra le motivazioni per cui ritenere illegittimo il rimpatrio del ricorrente, il Tribunale ha quindi promosso un'interpretazione estensiva del concetto di vulnerabilità, riconoscendo l'impatto che questi hanno sui diritti fondamentali della persona.

3.3 L'inquinamento atmosferico e il diritto alla salute secondo la Corte d'Appello di Bordeaux

Con decisione depositata il 18 dicembre scorso³⁹, la Corte d'Appello di Bordeaux, seconda sezione, ha stabilito il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo (*la carte de séjour temporaire*) per cure mediche nei confronti di un richiedente asilo proveniente dal Bangladesh che, date le condizioni sanitarie e ambientali in cui il Paese riversa, non avrebbe potuto aver accesso ai trattamenti sanitari essenziali di cui abbisognava. Ai sensi del codice francese di ingresso e soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, lo straniero residente abitualmente in Francia ha pieno diritto ad un permesso di soggiorno temporaneo se il suo stato di salute necessita di una presa in carico, la cui mancanza potrebbe avere delle conseguenze di eccezionale gravità e se, in riferimento all'offerta sanitaria e delle caratteristiche del sistema sanitario del Paese di origine, non avrebbe la possibilità effettiva di beneficiare di un trattamento appropriato. Previo parere medico emesso da un collegio di medici e verifica dell'effettivo accesso alle cure mediche nel proprio Paese di provenienza, il prefetto può rilasciare un permesso per cure mediche al soggetto interessato⁴⁰.

Nel presente caso, è stato certificato che il richiedente soffriva di una patologia respiratoria cronica associata ad un severo asma allergico unitamente a una sindrome di apnea del sonno che lo obbligava ogni notte all'utilizzo di un ventilatore elettrico. Nel valutare l'adeguatezza del sistema sanitario bengalese nel trattare le plurime patologie del ricorrente, i giudici hanno riscontrato l'irreperibilità sia dei farmaci prescritti, che gli avevano portato beneficio durante il periodo di osservazione, sia delle componenti del ventilatore che richiedevano una sostituzione mensile⁴¹. Inoltre, la Corte segnala che il Bangladesh è uno dei Paesi più inquinati al mondo, in cui il tasso di mortalità per asma è del 12.92% rispetto allo 0.82% in Francia, che, dato lo stato di salute estremamente precario del richiedente, lo avrebbe inevitabilmente condotto ad una morte prematura. Infine, la Corte rileva che l'accesso alla salute e la qualità dei servizi sanitari del Bangladesh non sono equiparabili agli standard europei, per cui il ritorno in patria condannerebbe il

³⁹ CAA de Bordeaux, 2^eme chambre, 18/12/2020, 20BX02193, 20BX02195, Inédit au recueil Lebon, <http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2021/01/CAA-de-BORDEAUX-.pdf>

⁴⁰ *Idem*, para. 4

⁴¹ *Ibidem*

richiedente ad un indubbio aggravamento delle sue condizioni. La Corte dispone quindi il rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche in considerazione delle gravi condizioni ambientali e sanitarie del Paese di origine.

4. Riflessioni conclusive

Alla luce delle sempre più copiose e attendibili evidenze scientifiche sull'incidenza del cambiamento climatico sui diritti umani, la crescente consapevolezza della titolarità di tali diritti da parte della società civile dei Paesi più vulnerabili al cambiamento climatico e l'emergere di un nuovo filone giurisprudenziale che sostanzia il connubio tra minacce ambientali e migrazione, il riconoscimento dell'esistenza dei migranti ambientali, così come del loro bisogno di protezione, non può più essere ignorato né rinviato. Tale urgenza sembra tuttavia contrastare, da un lato, con la reticenza degli Stati ad assumere nuove responsabilità sia nell'ambito della lotta al cambiamento climatico sia nella gestione della migrazione che, dall'altro, con l'approccio securitario istituzionalizzato dalla Commissione nelle proposte relative al Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. Tali resistenze debbono essere necessariamente superate con strumenti adeguati e comprensivi.

Come ipotizzato altrove⁴², un approccio basato sui diritti umani permetterebbe di trasformare scelte oggi "impopolari" in scelte "neutrali", dettate dal rispetto delle responsabilità assunte a livello internazionale, europeo e nazionale. Scardinare le risposte politiche alla migrazione e al cambiamento climatico dagli interessi discrezionali e dall'orientamento politico di governi nazionali passeggeri costituirebbe la chiave di volta per una nuova politica matura e consapevole. Le tre pronunce qui esaminate costituiscono l'emblema di questa consapevolezza. Tramite un'interpretazione evolutiva del diritto, talvolta visto come immutabile e conservatore, i giudici nazionali si sono resi promotori di un processo di adattamento del diritto alle necessità attuali degli individui, aggiornandolo alla luce delle condizioni presenti di vulnerabilità. La politica sarà in grado di fare altrettanto?

⁴² SCISSA C., *Diritti fondamentali: Il "punto di non ritorno" della gestione dell'immigrazione in Italia*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Febbraio 2021, <http://www.adim-blog.com/2021/02/28/diritti-fondamentali-il-punto-di-non-ritorno-della-gestione-dellimmigrazione-in-italia/>

Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*

ANDREA CARDONE**

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 37 del 12 marzo 2021.

Disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *le Regioni*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli studi di Firenze. Indirizzo mail: andrea.cardone@unifi.it.

1. La sentenza in commento è, certamente, una delle più rilevanti della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, essendo intervenuta su un tema, quello del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nei contesti emergenziali, che presenta indubbe ricadute sulla fisionomia del regionalismo italiano, sia a livello istituzionale che sul piano ricostruttivo generale.

La decisione ha avuto una vasta eco, pure sugli organi di stampa, probabilmente anche a causa della sospensione della legge regionale impugnata, disposta per la prima volta dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 4 del 2021, tanto che i contenuti essenziali della vicenda sono da considerare noti non solo agli "addetti ai lavori".

In estrema sintesi, la Corte dichiara l'incostituzionalità di una disciplina legislativa introdotta dalla Regione Valle d'Aosta, che aveva adottato, con riferimento al territorio regionale, misure di contenimento della diffusione della pandemia in atto e di gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, anche derogatorie delle previsioni introdotte a livello statale. Tali norme, tra le altre cose, condizionavano «tutte le attività produttive, industriali e commerciali, professionali, di servizi alla persona, sociali, culturali, ricreative e sportive»¹, prevedendo un regime differenziato secondo cui: alcune attività personali, sociali ed economiche erano comunque consentite, purché nel rispetto di protocolli di sicurezza, alcuni dei quali fissati con ordinanza del Presidente della Regione; altre erano ammesse, salva la sospensione, disposta sempre con ordinanza del Presidente della Giunta, per necessità collegate all'andamento dell'emergenza sanitaria; altre attività ancora, infine, come gli «eventi o manifestazioni pubbliche», individuati anche questi con ordinanza presidenziale, erano permesse pure in deroga alle «disposizioni emergenziali» statali².

Come la motivazione della sentenza opportunamente premette all'esposizione delle ragioni di accoglimento del ricorso governativo³, lo Stato censurava «l'intero testo della legge», ritenendolo in contrasto con il principio di leale collaborazione e con le competenze legislative statali indicate dall'art. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma Cost., nonché con gli artt. 118 e 120 Cost., nella parte in cui alloca funzioni amministrative ad un livello di governo regionale, anche in violazione della chiamata in sussidiarietà che sarebbe stata disposta dalla normativa statale». Il riferimento, ovviamente, è operato, in particolare, ai decreti-legge 25

¹ Cfr. art. 1, l.r. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, recante «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza».

² Cfr. art. 2, l.r. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, cit.

³ Punto 2 del *Considerato in diritto*.

marzo 2020, n. 19⁴, e 16 maggio 2020, n. 33⁵, con cui, come noto, il Governo ha introdotto il sistema di gestione dell'emergenza sanitaria basato sullo strumentario d.l./d.P.C.M., così scegliendo, dopo un iniziale ricorso alle ordinanze del Ministro della Salute⁶ e dopo la deliberazione dello stato di emergenza⁷, di procedere in maniera derogatoria non solo rispetto al potere contingibile e urgente previsto dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del «Servizio sanitario nazionale», ma anche del potere d'ordinanza proprio del Governo nell'ambito del «Sistema nazionale di protezione civile», disciplinato oggi dall'art. 24 del d.lgs. n. 1 del 2018⁸.

2. In questi termini, dunque, sulla base del ricorso del Governo, il giudizio viene definito in relazione alla verifica della sussistenza o meno di un titolo competenziale esclusivo dello Stato e, specularmente, dell'esistenza o meno di una competenza legislativa che abiliti il legislatore regionale a intervenire con misure di contrasto all'epidemia che siano autonome rispetto al quadro normativo predisposto a livello centrale. Tanto che proprio in quest'orizzonte si collocano le affermazioni più perentorie della sentenza, secondo cui ad essere illegittima è, in quanto tale, «la sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione sottratta all'intervento del legislatore regionale»⁹. E ciò

⁴ D.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2020, n. 35.

⁵ D.l. 16 maggio 2020, n. 33, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito, anch'esso con modificazioni, nella legge 14 luglio 2020, n. 74.

⁶ Si tratta delle ordinanze del Ministro della Salute del 25 gennaio 2020, recante misure di sorveglianza attiva per gli individui rientrati dalle aree interessate dalla diffusione del virus e di potenziamento del reclutamento del personale sanitario destinato ad attività di controllo, e del 30 gennaio 2020, in tema di sospensione dei voli diretti per la Cina.

⁷ Nella seduta del 31 gennaio 2020, infatti, il Consiglio dei ministri ha deliberato lo stato di emergenza per 6 mesi (fino al 31 luglio 2020), disponendo che per «l'attuazione degli interventi dell'articolo 25, co. 2, lett. a) e b) del d.lgs. 1/2018, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico».

⁸ Che, fin dalle sue prime battute, la gestione governativa sia risultata riconducibile a differenti quadri normativi è sottolineato anche da M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, pp. 2 ss., e A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, p. 750.

⁹ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

perché «non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo»¹⁰. La notazione appena proposta non appare priva di rilievo – e, per questo, la si propone in apertura – in forza di un duplice ordine di motivi.

Il primo è che il censurato contrasto dell'intera disciplina regionale con il sistema di contenimento della pandemia messo a punto a livello statale fissa, nei termini anzidetti, il *thema decidendum* del giudizio, rendendo superflua ogni valutazione circa l'esistenza «di un effettivo contrasto tra le singole misure in concreto applicabili sulla base dei d.P.C.m. e quelle imposte in forza della normativa regionale», perché «una simile antinomia potrebbe sorgere ad un dato tempo e venire meno in un tempo successivo, o viceversa, a seconda di come evolvano diacronicamente l'ordinamento statale e quello regionale per effetto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri da un lato, e delle ordinanze del Presidente della Regione dall'altro»¹¹; con la conseguenza che risultano assorbite dal sindacato “a monte” sulla compatibilità del sistema introdotto a livello regionale con quello attivo a livello statale tutte le censure, che pure lo Stato aveva rubricato, nei confronti delle singole misure contenute nella legge impugnata.

La seconda ragione è che la formula attraverso cui l'emergenza è stata gestita dal Governo era stata tacciata d'incostituzionalità dalla difesa regionale, la quale aveva domandato che la Corte sollevasse dinnanzi a sé la questione delle norme statali che hanno introdotto il sistema d.l./d.P.C.M. per violazione dell'autonomia legislativa e amministrativa regionale di cui agli artt. 117 e 118 Cost. e perché, dando vita a “fonti dell'emergenza” non previste dalla Costituzione, appunto i noti d.P.C.M., le relative norme si sarebbero poste in contrasto con gli artt. 70, 76 e 77 Cost.; con l'effetto che l'aver definito l'oggetto del giudizio sul piano dell'invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato e, quindi, della carenza di qualsivoglia titolo competenziale regionale, ad eccezione di quello eventualmente previsto dal «non irragionevole apprezzamento» del legislatore statale, ha consentito di qualificare come irrilevanti le questioni di cui la resistente chiedeva l'autopromovimento.

3. Come anticipato, dunque, la questione viene decisa a partire dalla definizione della competenza legislativa esercitata dallo Stato attraverso l'adozione dei citati decreti-legge. Segnatamente, il titolo competenziale concretamente speso viene

¹⁰ Punto 12 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Cfr. punto 10 del *Considerato in diritto*, cui si riferisce anche il virgolettato che precede.

individuato nella materia «profilassi internazionale», che l'art. 117, co. 2, lett. q), Cost. affida alla potestà legislativa esclusiva statale; il che permette alla Corte di ricavare la ricordata conclusione che, in detta materia, gli unici spazi normativi disponibili per le Regioni sono quelli ad esse espressamente riservati dalla legislazione nazionale¹².

In proposito, la sentenza richiama i propri precedenti, secondo cui «la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano “uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale”»¹³ ed esclude espressamente, proprio a negare ogni margine di intervento per il legislatore regionale, che la materia in questione, come suggeriva la difesa regionale, possa essere considerata “trasversale”, chiarendo al riguardo che «essa ha [...] un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»¹⁴, in cui rientrano, quindi, anche «l’approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi»¹⁵.

In definitiva, dunque, secondo la Corte, «a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, “ragioni logiche, prima che giuridiche” (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività»¹⁶. E ciò perché «ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all’ambito di competenza locale, [ha] un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla», con la conseguenza che «omettere, in particolare, 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»¹⁷.

¹² Su si vedano la ricostruzione e le considerazioni di R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, pp. 669 ss.

¹³ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 12 del 2004, 406 del 2005, 173 del 2014, 270 del 2016 e 5 del 2018.

¹⁴ Punto 7 del *Considerato in diritto*, cui si riferiscono anche la citazione precedente.

¹⁵ Punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ *Ivi*.

¹⁷ *Ivi*.

Pur nel quadro di una generale condivisione in ordine alla conclusione raggiunta¹⁸, la dottrina ha avanzato alcune perplessità circa l'argomentazione sviluppata dalla sentenza ai fini dell'inquadramento della disciplina nella materia della «profilassi internazionale». Così, per un verso, è stato osservato che la decisione giunge a «riconfigurare completamente», «allargandone a dismisura i confini», l'ambito materiale in questione, che fino ad adesso riguardava soltanto le attività di controllo alle frontiere rispetto alle malattie infettive e diffuse, con l'eccezione di alcune misure sovranazionali di profilassi, come i vaccini obbligatori¹⁹; dimensione che trovava riscontro non solo nelle definizioni ministeriali²⁰, ma anche nelle diverse discipline succedutesi nel tempo e nelle competenze degli apparati amministrativi²¹. Per altro verso, si è notato che, in relazione alla pandemia da Covid-19, in realtà, gli organismi internazionali non hanno adottato misure generalizzate di contrasto che i legislatori statali hanno dovuto recepire e che, quindi, sotto questo angolo visuale, non ricorreva nel caso di specie quella necessaria «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale» che, secondo la pronuncia, radicherebbe la competenza legislativa esclusiva in materia di «profilassi internazionale»²². Ancora, è stato sostenuto che l'aver escluso la trasversalità della materia in questione, con la già evidenziata conseguenza di precludere al legislatore regionale ogni spazio che quello statale non abbia inteso espressamente «intestargli», ha, da un lato, introdotto un elemento di contraddittorietà della motivazione, che descrive la materia in termini finalistici «nell'affermare che la profilassi internazionale deve ritenersi «comprensiva di ogni

¹⁸ Che B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021, p. 3, definisce come «una statuizione quasi inevitabile di fronte al balletto di misure contraddittorie adottate in questo anno e mezzo di tentativi inani di bloccare la diffusione della pandemia».

¹⁹ Cfr. G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo www.lacostituzione.info/index.php/2021/03/21/la-pandemia-e-dello-stato-la-corte-costituzionale-e-la-legge-valdostana/, cui si riferiscono i due virgolettati che precedono.

²⁰ Come rileva puntualmente E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021.

²¹ Sul punto cfr. G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, pp. 101 ss.

²² M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, pp. 333-334.

misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”»²³, dall’altro, ha aprioristicamente impedito che nel caso di specie potesse trovare applicazione il principio di leale collaborazione²⁴. Infine, è stato scritto che l’aver ritenuto che tutti gli aspetti della disciplina siano riconducibili alla materia di cui all’art. 117, co. 2, lett. q), Cost. nasconde l’applicazione di «un criterio di prevalenza tacito, nel senso che il valore da tutelare consente l’assorbimento di aspetti o settori oggettivamente afferenti a talune competenze concorrenti»²⁵, come la tutela della salute e la protezione civile.

4. In questa sede si desidera portare l’attenzione su un altro aspetto implicato dall’inquadramento materiale di cui si è detto, quello che emerge dal passaggio in cui la decisione richiama il precedente costituito dalla sentenza n. 284 del 2006, secondo cui la legislazione regionale è illegittima quando appare «“destinata a incidere sugli effetti prodotti dalle ordinanze emanate” dall’organo statale ai fini della protezione civile, poiché “il legislatore regionale non può utilizzare [...] la potestà legislativa per paralizzare [...] gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza”» e afferma che «tale conclusione non può che rafforzarsi a fronte di una pandemia, i cui tratti esigono l’impiego di misure di profilassi internazionale»²⁶.

La precisazione ha un peso assai rilevante nell’economia della sentenza, perché consente alla Corte di sostenere che l’effetto interdittivo per il legislatore regionale derivante dall’esercizio del potere *extra ordinem* del Governo, “tipizzato” per via giurisprudenziale all’interno del sistema nazionale di protezione civile, opera anche nel caso in cui il legislatore statale decida di gestire l’emergenza attraverso un sistema di fonti differente, scelto per la singola situazione contingibile e urgente e, quindi, derogatorio delle previsioni generali e astratte in tema di attivazione del potere d’ordinanza in materia di protezione civile. Non a caso, infatti, subito dopo il passaggio citato, la sentenza sente l’esigenza di precisare che «il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall’altro non ne costituisce l’unica attuazione possibile» e che «è perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con

²³ Così 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. 15.

²⁴ L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, pp. 16 ss.

²⁵ C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 13 aprile 2021, p. 5.

²⁶ Cfr. punto 8.1 del *Considerato in diritto*, anche per la citazione che precede.

un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima»²⁷.

Ma questa estensione ai casi di legislazione emergenziale in materia di «profilassi internazionale» dell'effetto preclusivo nei confronti del legislatore regionale, tipico del potere *extra ordinem* in materia di protezione civile, non può, a parere di chi scrive, essere data per scontata. L'incostituzionalità della disciplina regionale che pretende di "sterilizzare" gli effetti delle misure statali adottate nei contesti emergenziali, infatti, per un verso, è il frutto di una faticosa e lunga elaborazione giurisprudenziale, che ha progressivamente "normalizzato" il regime giuridico del potere d'ordinanza anche in punto di rispetto delle competenze degli enti territoriali, per l'altro, si giustifica in quanto il medesimo potere è incardinato all'interno del servizio nazionale di protezione civile, cioè è strutturato in modo da risultare conforme al principio autonomistico nel quadro complessivo degli strumenti – che costituiscono un «sistema»²⁸ – che l'ordinamento prevede per la gestione delle emergenze.

Dal primo punto di vista, vale la pena sinteticamente ricordare che per molti anni la dottrina ha considerato ondivaghi gli orientamenti della Corte in merito alla derogabilità, in condizioni di emergenza, del riparto di competenze costituzionalmente garantito²⁹. Solo dopo la legge n. 225 del 1992, istitutiva del

²⁷ Punto 9 del *Considerato in diritto*, in cui si aggiunge significativamente che questo sarebbe «quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha *imposto (corsivo nostro)* l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire».

²⁸ Come recita l'art. 1, co. 1, del «Codice della protezione civile».

²⁹ Nella vasta bibliografia sul tema si vedano, almeno, i contributi di F. MERUSI, *Le catastrofi "ripartite"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/1971, pp. 2319 ss.; F.C. RAMPULLA, *Gli interventi e la ripresa economica nelle zone colpite da calamità naturali*, in *le Regioni*, n. 2-3/1979, pp. 341 ss.; P. PINNA, *Le competenze regionali in "condizioni" di emergenza*, in *le Regioni*, n. 1-2/1984, pp. 146 ss.; ID., *Competenze regionali e situazioni di emergenza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *le Regioni*, n. 5/1990, pp. 1416 ss.; S. BARTOLE, *La primarietà di valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza*, in *le Regioni*, n. 6/1986, pp. 1284 ss.; V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *le Regioni*, n. 6/1987, pp. 1572 ss.; ID., *«Emergenza» e interpretazione dei «diritti fondamentali»*, in *le Regioni*, n. 5/1990, pp. 1611 ss.; A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche di una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 199 ss.; F. TERESI, *Osservazioni minime su legislazione statale di emergenza e competenze regionali in materia urbanistica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1988, pp. 2523 ss.; A. CARIOLA, *Le ordinanze cautelari del ministro dell'ambiente e l'autonomia regionale: aspetti problematici*, in *le Regioni*, n. 5/1998, pp. 1213 ss.; F.S. SEVERI, *Un problema antico: la necessità come fonte*, in *le Regioni*, n. 6/1989, pp. 1782 ss.; M. LUCIANI, *Un regionalismo*

«Servizio nazionale della protezione civile», la cui conformità a Costituzione è stata chiarita dalla Corte con la sentenza n. 418 del 1992, la giurisprudenza costituzionale è pervenuta a definire come tratto uniforme del regime giuridico delle ordinanze di protezione civile la capacità di derogare le competenze degli enti territoriali; facoltà che si estrinseca in atti legittimi solo se la compressione dell'autonomia regionale è, in concreto, proporzionata, ragionevole, non giunge ad annullare le competenze territoriali, di cui deve essere sempre rispettato il nucleo essenziale, ed appare, comunque, conforme al rispetto del principio di leale collaborazione³⁰. Tutti parametri, quelli elencati, che sono suscettibili di valutazione sia nell'ambito del sindacato di costituzionalità della norma attributiva del potere d'ordinanza, sia in sede di controllo giurisdizionale amministrativo del contenuto della singola manifestazione del potere³¹.

Dal secondo punto di vista, invece, è utile rimarcare che l'art. 25, co. 1, dell'attuale «Codice della protezione civile», riprendendo e sviluppando la disciplina previgente³², prevede che le ordinanze siano adottate nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza³³ e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (cui si aggiunge il limite del diritto dell'Unione europea), nonché, per quanto qui di più prossimo interesse, «acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate». Il «Codice», dunque, consolida il ruolo di Regioni ed enti locali all'interno del servizio di protezione civile, prevedendo, tra le altre cose, che il sistema sia organizzato nel rispetto delle loro competenze³⁴.

senza modello, in *le Regioni*, n. 5/1994, pp. 1333 ss.; G.P. DOLSO, *Sul principio cooperativo tra stato e regioni in situazioni di «emergenza»*, in *le Regioni*, n. 3/1996, pp. 552 ss.; ID., *Emergenza e regioni*, in *le Regioni*, n. 6/1996, pp. 1075 ss.; ID., *Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale*, in *le Regioni*, n. 6/1999, pp. 1158 ss.

³⁰ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 127 del 1995, 39 del 2003, 222 e 284 del 2006, 105 e 169 del 2009, su cui, per una prima ricostruzione e l'indicazione di ulteriori riferimenti bibliografici, volendo, si può vedere A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 318 ss.

³¹ Per chiarezza espositiva, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 6809 del 2002 e Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 2426 del 2006.

³² Contenuta nel «vecchio» art. 5 della legge n. 225 del 1992 e nell'art. 107, co. 1, lett. c), d.lgs. 112 del 1998.

³³ La quale, ai sensi dell'art. 107, co. 1, lett. b), d.lgs. 112 del 1998, deve avvenire «d'intesa con le regioni interessate».

³⁴ Cfr. artt. 3, co. 1, lett. b), e 11. Peraltro, tale consolidamento si è realizzato anche per effetto della prassi, attuativa già della legge del 1992, secondo cui, nel rispetto del principio di leale collaborazione, i Presidenti delle Giunte regionali sono stati di sovente nominati Commissari delegati per la gestione delle emergenze.

Grazie alla giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) e all'istituzione del sistema nazionale di protezione civile, dunque, si è venuto strutturando un vero e proprio ordinamento per la gestione dei casi contingibili e urgenti che non possono essere fronteggiati con il diritto vigente, attraverso cui si è compiuto un percorso che a chi scrive è parso di poter definire di "normalizzazione dell'emergenza"³⁵, proprio per alludere alla procedimentalizzazione e alla definizione dei limiti giurisprudenziali che hanno inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* del Governo (e, in particolare, quelle di protezione civile, ma il discorso vale anche per quelle sanitarie del Ministro della Salute) nel solco della Costituzione repubblicana. Un percorso costante e non privo di asperità che fa oggi ritenere, per un verso, superati molti dei dubbi sulla costituzionalità del potere d'ordinanza che sono stati prospettati dalla dottrina negli anni³⁶, per l'altro, capitalizzati gli sforzi compiuti, sempre in sede scientifica, per fornire una interpretazione del fenomeno che fosse compatibile con il disegno costituzionale³⁷.

È in questo contesto che si inserisce la sentenza n. 284 del 2006, citata dalla pronuncia in commento, ed è in questi sviluppi che va contestualizzato il divieto per il legislatore regionale di paralizzare gli effetti delle misure statali di gestione dell'emergenza, così come il conseguente effetto interdittivo che la Corte ricava da esso. Come si accennava, infatti, questo particolare aspetto della comprimibilità delle competenze degli enti territoriali per via contingibile e urgente si comprende e si giustifica nel quadro di un potere, quello *extra ordinem*, che ha ormai un regime giuridico ben definito, e conosciuto *a priori*, e nell'ambito di un modello di governo dell'emergenza che integra – oggi si direbbe, *by design* – le esigenze dell'autonomia.

³⁵ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., *passim*.

³⁶ Si pensi, in particolare, alle note critiche di G.U. RESCIGNO (di cui si vedano *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in A. AZARA, E. EULA (diretto da), *Novissimo digesto italiano*, XII, UTET, Torino, 1965, pp. 90 ss., e *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/1995, pp. 2189 ss.), di G. MARAZZITA (espresse in *Le ordinanze di necessità dopo la l. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1996, pp. 519 ss., ma, soprattutto, in *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003) e di C. PINELLI (di cui si veda, almeno, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2009, pp. 317 ss.)

³⁷ Si pensa, in particolare, a quelli compiuti da Alessandro Pizzorusso in base al modello della delegificazione (cfr. A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1984, pp. 640 ss.) e a quelli di Roberto Cavallo Perin fondati sull'idea del rinvio a tutte le facoltà derogatorie che la legge attribuisce alla p.a. (R. CAVALLO PERIN, *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, in *Il Foro Italiano*, n. III/1989, p. 117, ma, soprattutto, ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990).

Il rilievo non è secondario perché queste due condizioni assicurano che, salvo il controllo giurisdizionale, le condizioni di compatibilità costituzionale delle limitazioni alle competenze delle Regioni siano definite in base a uno schema generale e astratto, secondo ragionevolezza, proporzionalità e leale collaborazione.

Lo stesso non si può dire, invece, delle compressioni che le autonomie subiscono per effetto dei decreti-legge (e dei relativi d.P.C.M.) che lo Stato ha adottato, secondo la motivazione della sentenza, nell'esercizio della potestà legislativa esclusiva nella materia, non trasversale, della «profilassi internazionale». Nel caso della gestione emergenziale fondata sul singolo o sui singoli decreti-legge e sulle loro misure attuative, infatti, le svariate pretese regolative che la Costituzione avanza in tema di competenze degli enti territoriali risultano prive di tutela "a monte" e restano affidate alla legittimità della singola gestione, in un quadro del tutto inedito in cui non valgono tutte le coordinate normative e giurisprudenziali sulle ordinanze di protezione civile. Aspetti emblematici, in questo senso, sono, da un lato, il venir meno del presidio costituito dal divieto per il legislatore statale di annullare le competenze regionali, dall'altro, la paralisi dell'operatività del principio di leale collaborazione.

Sul primo punto, infatti, la sentenza conclude che, per effetto dell'esercizio della competenza legislativa sulla «profilassi internazionale», «ogni decisione in tale materia» è rimessa allo Stato, salvi solo gli spazi lasciati espressamente alle Regioni. Sul secondo, analogamente, la Corte nega che, essendo i decreti-legge espressione della funzione legislativa, lo Stato sia tenuto a rispettare la leale collaborazione e conclude che, comunque, essa si può considerare soddisfatta dalla previsione che i d.P.C.M. siano preceduti dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome³⁸. Ma, in forza del prima ricordato regime, se il Governo avesse deciso di procedere applicando il sistema di protezione civile, per un verso, il nucleo essenziale delle competenze legislative regionali non avrebbe potuto essere compresso, dall'altro, sarebbe stata necessaria l'intesa su ogni provvedimento contingibile e urgente.

5. La scelta di procedere con un sistema di misure normative *ad hoc*, avallato dalla sentenza in commento nella sua inedita strutturazione (d.l./d.P.C.M.), ha, dunque, determinato indubbi effetti lesivi dell'autonomia regionale, che potevano essere mitigati dal ricorso al potere *extra ordinem* del Governo. Ma v'è di più. Questa decisione politica, infatti, ha messo sotto *stress* il sistema delle fonti anche sotto ulteriori profili. In particolare, ha imposto delle non irrilevanti torsioni al decreto-legge, che, nella concatenazione normativa con i d.P.C.M., ha manifestato grave

³⁸ Punti 12 e 17 del *Considerato in diritto*.

sofferenza sia sul piano della sua funzione di previsione generale e astratta, sia su quello della sua natura provvedimentale.

Dal primo punto di vista, il modello d.l./d.P.C.M. “funzionava” sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si è scontrata inevitabilmente con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed *ex ante* le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l’evoluzione dell’emergenza in corso, proprio come la sentenza sottolinea³⁹. E infatti, come è stato già evidenziato⁴⁰, la decretazione d’urgenza, che doveva essere fonte istitutiva e limitativa del potere, si è, invece, spesso trasformata in uno strumento di “sanatoria” e tipizzazione *ex post* delle misure che erano state nel frattempo già adottate con i d.P.C.M., evidentemente andati ben al di là della mera attuazione dei decreti-legge stessi⁴¹.

Dal secondo punto di vista, anche ove la decretazione d’urgenza, pur con tutte le difficoltà evidenziate, è rimasta sul piano della previsione generale e astratta delle misure e dell’istituzione e limitazione del potere *pro futuro*, l’uso della fonte quale atto legittimante e tipizzante i successivi provvedimenti attuativi ha innescato una tendenza a diluire, fino quasi a disperdere, quella natura provvedimentale che rende, invece, il decreto-legge proprio lo strumento idoneo a intervenire su tutti gli aspetti collegati (ma non per questo meno importanti) alla stretta gestione dell’emergenza, che vanno dallo stanziamento di risorse aggiuntive alla previsione di misure economiche, dal contenimento degli effetti sociali ed economici della crisi alla disciplina del rientro nell’ordinarietà.

In estrema sintesi, allora, la decisione di utilizzare il decreto-legge come fonte istitutiva e limitativa del potere di adottare successivi d.P.C.M., non solo ha evidenziato i limiti di ogni tipizzazione e lo ha allontanato dalla logica del provvedere, ma in quella logica ha introdotto un evidente vizio di coerenza interna. Infatti, delle due l’una: o il decreto-legge ha contenuto generale e astratto e, allora, viene sottoposta a torsione la sua propria dimensione provvedimentale; oppure il decreto-legge reca direttamente le singole misure e, allora, i successivi d.P.C.M.

³⁹ Vedi *supra*, § 4, part. nota 27.

⁴⁰ A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020, pp. 326 ss.

⁴¹ Emblematico il caso dell’attribuzione del potere al Ministro della Salute di individuare il regime dei divieti vigente nelle varie Regioni attraverso i ben noti “colori”, perché la collocazione delle Regioni nelle zone “rosse”, “arancioni” o “gialle” tramite ordinanza ministeriale viene inizialmente prevista con il d.P.C.M. del 3 novembre 2020, mentre, solo successivamente, è intervenuto il d.l. 9 novembre 2020, n. 149, che ha dato copertura legislativa al potere in questione, modificando in tal senso il d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (art. 1, co. 16-*bis*).

rischiano di perdere la propria ragion d'essere, come sembra essere accaduto in tutti i casi in cui essi si sono limitati a riprodurre l'elenco di interventi già previsti in sede di decretazione d'urgenza⁴².

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, pare a chi scrive di poter dire che l'aver voluto valorizzare al massimo la straordinarietà del caso – e, quindi, la necessità di procedere alla gestione dell'emergenza attraverso un sistema delle fonti specificamente introdotto per essa – abbia prodotto una “mela avvelenata”, che è consistita, da un lato, nel comprimere l'autonomia regionale più di quanto sarebbe stato possibile e necessario se si fosse fatto ricorso alle “fonti”⁴³ di protezione civile, dall'altro, nel porre sotto forte tensione lo strumento del decreto-legge, che, nella dinamica normativa in cui è stato unito ai d.P.C.M., è finito “dilaniato” tra la sua funzione di previsione generale e astratta e la sua natura provvedimentale.

Da questo angolo visuale, pare che davvero poco giovi alla ricostruzione giuridica del fenomeno il già citato riferimento – che la sentenza effettua per giustificare la deroga al sistema delle fonti di protezione civile – alla circostanza che si tratti di «un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari». Sembra, infatti, che qui la Corte si unisca al mantra, diffuso non solo nel mondo politico e sanitario, per cui “questa sarebbe la prima volta” e qualcosa del genere “non sarebbe mai successo prima”. Sul punto si ritiene di dover dire che ogni nuova catastrofe, o ogni catastrofe con effetti particolarmente pronunciati, può rappresentare la “prima volta”, ma ciò non toglie nulla al dato storicamente consolidato che la tollerabilità costituzionale delle misure emergenziali in relazione al principio autonomistico (ma il discorso potrebbe estendersi al rispetto dei diritti fondamentali) non varia perché si appalesa una nuova morfologia o sintomatologia dell'emergenza, perché essa è, come si è evidenziato, un dato in larga parte estrinseco al contesto fattuale e strutturalmente problematico rispetto a tutti i casi contingibili e urgenti. E ciò è tanto vero che, appunto storicamente, l'ordinamento ha reagito a questo stato di cose attraverso un percorso che, come si è detto, ha progressivamente “normalizzato” la gestione delle emergenze compensando la

⁴² In una prospettiva differente, si è sostenuta la «fungibilità sostanziale» tra d.l. e d.P.C.M., già a partire dalla coincidenza temporale di adozione del d.l. 6/2020 e del d.P.C.M. 23 febbraio 2020: sul punto cfr. G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *le Regioni* n. 4/2020, pp. 757 ss., che muovono il loro ragionamento da alcuni dubbi di legittimità relativi non solo al d.l. 6/2020 ma anche all'impianto del successivo d.l. 19/2020, «poiché esso lascia al Presidente del Consiglio un'amplissima scelta dal punto di vista sia del contenuto (sono elencate trenta «misure» fra le quali il d.P.C.M. può scegliere) sia dell'ambito territoriale».

⁴³ La tesi secondo cui le ordinanze di protezione civile sono classificabili alla stregua di fonti dell'ordinamento è di recente sostenuta da E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019.

capacità delle misure *extra ordinem* di comprimere le competenze territoriali (e le libertà fondamentali) con la procedimentalizzazione, *ex ante* e in astratto, del potere (si pensi all'intesa richiesta dal legge del 1992 e, poi, dal «Codice») e con la ricostruzione giurisprudenziale, quindi *ex post* e in concreto, di un articolato quadro di limiti volto a garantire la complessiva adeguatezza e proporzionalità degli interventi emergenziali: percorso che, non a caso, come detto, ha portato alla strutturazione del sistema nazionale di protezione civile.

6. Non sono poche, allora, le ragioni che rendono problematica, dal punto di vista del diritto costituzionale, la deroga complessiva al sistema delle fonti dell'emergenza in materia di protezione civile. Per tale motivo avrebbe forse potuto meritare diversa considerazione in punto di ragionevolezza – ove il profilo fosse stato adeguatamente eccepito – la richiesta, avanzata dalla difesa regionale, che la Corte sollevasse dinnanzi a sé questione di costituzionalità dei “decreti-legge Covid-19” per violazione degli artt. 117 e 118 Cost. Alla luce di quanto fin qui evidenziato, infatti, si potevano ravvisare due distinti argomenti per sostenere che la deroga al sistema di protezione civile sia stata praticata dal Governo in maniera irragionevole (*rectius*, in modo irragionevolmente lesivo dell'autonomia regionale).

Il primo, dirimente, è che ammettere la *libera* derogabilità del sistema di fonti recato dal «Codice» significa negare in radice la logica stessa della strutturazione di un modello normativo di gestione dell'emergenza. E ciò per l'evidente ragione che non ha senso istituire e limitare, in via generale e astratta, un potere e indicare in quali fattispecie esso può essere attivato, se poi le norme attraverso cui si compie questa operazione sono considerate liberamente derogabili, per via fattuale e senza alcuna motivazione, attraverso prassi parallele rimesse alla discrezionalità, se non all'arbitrio, del Governo. Per delineare la posizione del «Codice» rispetto alle fonti dell'emergenza si potrebbe anche ricorrere alla categoria della gerarchia logica⁴⁴, tipica di tutte le norme sulla produzione giuridica e che, come noto, viene diffusamente invocata dalla dottrina – e, nella sostanza, utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale – per contrastare l'illegittimità di molte prassi elusive della legge n. 400 del 1988, come, ad esempio, quella della disomogeneità degli emendamenti introdotti in sede di conversione⁴⁵ (su cui è, come noto, intervenuta Corte cost., sent. n. 22 del 2012, in una questione avente ad oggetto proprio la l. n.

⁴⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 165 ss.

⁴⁵ Cfr. *ex multis*, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in N. LUPO, E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, LUISS University Press, Roma, 2007, pp. 41 ss.

2251992), quella delle deleghe atipiche⁴⁶, quella della c.d. “fuga dal regolamento”⁴⁷ e quella degli stessi d.P.C.M.⁴⁸.

Il secondo argomento è che, in ogni caso, la deroga al potere d’ordinanza in materia di protezione civile dovrebbe ritenersi preclusa quando il Governo stesso ha inteso, come nel caso della vicenda in esame, integrare il presupposto giuridico della sua attivazione, ovvero la deliberazione dello stato di emergenza. Indipendentemente dalla disputa circa la correttezza della tesi che considera tale deliberazione un atto politico, e quindi insindacabile⁴⁹, non pare si possa dubitare del fatto che essa deve primariamente avere ad oggetto proprio la qualificazione giuridica della situazione contingibile e urgente come insuscettibile di essere fronteggiata con i mezzi legislativi ordinari e, conseguentemente, come «evento» che, per natura ed entità (nello spazio e nel tempo), deve essere trattato ai sensi degli artt. 24 e ss. del «Codice». Da ciò discende che, una volta deliberato lo stato di emergenza, per ricorrere a strumenti normativi diversi, si imporrebbe la revoca dello stesso o, per lo meno, la specifica motivazione, nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza, delle ragioni giuridiche e fattuali della deroga apportata alla gestione codicistica.

7. In conclusione, pare di poter dire che, nel raggiungere la condivisibile soluzione che la gestione della pandemia non potesse essere frazionata sul territorio regionale per effetto di interventi legislativi tesi a paralizzare l’operatività delle misure statali, la motivazione della sentenza fornisce un inquadramento della disciplina dettata dal Governo che costituisce un esplicito avallo della decisione di derogare l’intero impianto del potere d’ordinanza previsto dal «Codice della protezione civile». Questa *libera* derogabilità ha, però, posto le premesse per alcune conclusioni che

⁴⁶ Cfr., per tutti, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 1 ss.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2008, pp. 5075 ss. e V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2011, pp. 1 ss.

⁴⁸ Cfr. *ex multis*, V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, pp. 1 ss. e D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi. Focus fonti*, n. 3/2018, pp. 2 ss.

⁴⁹ Così G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale*, in *Rivista AIC*, 9 ottobre 2008, p. 11. *Contra*, alla luce della giurisprudenza amministrativa, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 117 ss., che sostiene la tesi contraria.

non solo sottopongono a torsioni difficilmente tollerabili lo strumento della decretazione d'urgenza, ma appaiono anche lesive dell'autonomia regionale, più di quanto non apparisse strettamente necessario, soprattutto in relazione all'interpretazione della «profilassi internazionale» come materia non trasversale, alla comprimibilità del nucleo essenziale delle competenze regionali, al rispetto del principio di leale collaborazione (nella forma dell'intesa, per quanto “debole”).

Difficile dire se le scomposte e conflittuali reazioni di numerose Regioni alla gestione della pandemia basata sui d.l./d.P.C.M.⁵⁰ si sarebbero verificate anche nel caso in cui il Governo avesse fatto esclusivo ricorso alle “fonti” di protezione civile e avesse, quindi, operato nell'ambito di un sistema maggiormente rispettoso delle prerogative regionali. Così come non è agevole immaginare se i «difetti di funzionamento dei moduli di coordinamento tra i diversi livelli di governo»⁵¹ che hanno caratterizzato l'esperienza si cui si è fin qui riflettuto sarebbero risultati attenuati se ci si fosse mantenuti in un quadro normativo già sperimentato e collaudato.

Possibile, invece, notare che, anche senza pervenire alla dichiarazione d'incostituzionalità dell'inedito modello normativo introdotto a livello nazionale, la Corte avrebbe potuto omettere di sancirne la piena autonomia, magari riconducendolo per via interpretativa al consolidato statuto del potere *extra ordinem* del Governo⁵² ed evitando, così, di “declassare” il sistema di protezione civile, e con esso il regime giuridico faticosamente costruito dall'ordinamento per “normalizzare” il potere d'ordinanza, al rango di una opzione *liberamente* derogabile dal legislatore statale.

⁵⁰ Si veda sul punto la prassi analizzata da E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale/2020, 394 ss.

⁵¹ Come li definisce F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, p. 334.

⁵² Come, ad esempio, proposto in dottrina da E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, pp. 75 ss.

L'interesse nazionale, araba fenice dell'ordinamento costituzionale. Metafore e paralleli giuridici da una recente monografia

MATTEO CARRER^{*}

Recensione a: A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1-419, con presentazione di A. CERRI.

Abstract (EN): The article deals with a recently published book by Antonio Mitrotti about the Interests of the Nation (interesse nazionale) as juridical and constitutional element. In 2001 the Italian Constitution was modified and the new text does not mention the previously so-called Interests of the Nation, but the book shows that it did not disappear in the process: at the opposite, it exists as a synthesis of various mechanisms which bind together the State and the Regions from various perspectives. In particular, about the legislative powers, the principle of subsidiarity and the subsidiary power exercised by the Government.

Keywords: interesse nazionale; sussidiarietà; poteri sostitutivi; leale collaborazione; autonomia regionale

Sommario: 1. Ordine degli argomenti esposti. – 2. Unità dell'interesse nazionale. – 3. Pluralità dell'interesse nazionale. – 3.1. Potenza di una metafora. Alla ricerca dell'araba fenice. – 3.2. Declinazioni giuridiche. – 4. Inafferrabilità dell'interesse nazionale: limite o risorsa?

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

M. CARRER, *L'interesse nazionale, araba fenice dell'ordinamento costituzionale. Metafore e paralleli giuridici da una recente monografia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

^{*} Ricercatore t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Bergamo. Indirizzo mail: matteo.carrer@unibg.it.

1. Ordine degli argomenti esposti

Ci sono istituti che al momento dell'approfondimento non solo rivelano molteplici piani d'analisi, bensì si dimostrano sempre più articolati e complessi col crescere della profondità di studio. Tra questi si può annoverare senza dubbio l'interesse nazionale ed è merito di una recente monografia a firma di Antonio Mitrotti dal titolo *l'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice* averne fissato i confini e analizzato le profonde connessioni con altri concetti.

Al fine di consentire al lettore un rapido *excursus* del tema¹ e degli spunti offerti dal volume cui si fa riferimento senza ripetere tutti i passaggi argomentativi dell'Autore e, all'opposto, senza rinviare ad una lettura integrale del testo sul quale si svolgeranno qui alcune annotazioni, sia lecito operare una cernita e puntare l'attenzione su una serie di punti.

Come noto, l'"interesse nazionale" era presente nel testo originario della Costituzione all'art. 117, ove si leggeva che «la Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni».

Con la riforma del Titolo V, l'art. 117, co. 1° Cost. non cita più l'interesse nazionale tra i nuovi limiti generali alla potestà legislativa, ancora affidata allo Stato e alle Regioni. Dunque, da quel momento, l'interesse nazionale spicca per la sua assenza piuttosto che per la sua presenza.

Presenza o assenza che non può semplicemente liquidarsi come un problema lessicale, poiché, come si vedrà subito, il tema dell'interesse nazionale riguarda il rapporto tra centro e periferia, tra Stato e Regioni, tra distribuzione e

¹ Sull'interesse nazionale, la dottrina è molto ampia. Cfr, almeno, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973; A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, p. 345; F. MANGANIELLO, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; A. BARAGGIA, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *Le Regioni*, n. 6/2011, pp. 1246 ss.; F. GALLARATI, *La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze "additive di procedura"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016; A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2002; F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2002, pp. 89 ss.; N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Le Regioni*, n. 5/2005, pp. 971; I. NICOTRA, *Il principio unitario: una versione aggiornata del vecchio interesse nazionale nella recente giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 febbraio 2005; L. SAPORITO, *Regionalismo, federalismo e interesse nazionale*, Jovene, Napoli, 2008.

sovrapposizione di poteri in una Repubblica che è «una e indivisibile» ma che «riconosce e promuove le autonomie locali» (art. 5 Cost.) e che, con formula sintetica, ispira la propria forma di Stato al regionalismo².

Pertanto, un primo problema è stabilire cosa abbia voluto significare il concetto di interesse nazionale nella costruzione iniziale della Costituzione.

In secondo luogo, è necessario riflettere sulla sua scomparsa, che – come talvolta accade per concetti o istituti di rilevante importanza – lascia il dubbio se la riforma, per usare una metafora architettonica, abbia asportato una colonna o semplicemente nascosto, con volontario o involontario *maquillage*, un architrave.

In terzo luogo, vi è la possibilità di indagare attraverso il metodo del diritto comparato la situazione di altri ordinamenti che possano presentare spunti di riflessione utili da applicare al caso italiano.

2. Unità dell'interesse nazionale

La scansione dei capitoli della monografia che qui interessa è la seguente: il primo capitolo tratta della genesi e dell'evoluzione dell'interesse nazionale nell'ordinamento italiano fino alle soglie della riforma del Titolo V, analizzando dottrina e giurisprudenza che si sono occupate della norma. La conclusione è nel senso della scomparsa letterale ma di un «ambiguo silenzio della Carta»³ dopo la riforma del Titolo V. Silenzio che non soddisfa, nel senso che l'A. ritiene non lasciare spazio ad un'autentica mancanza e, pertanto la ricerca si volge «dalla scomparsa del *nomen* alle riflessioni sul senso della *res*»⁴.

Alle materie trasversali, al criterio di prevalenza e al principio di leale collaborazione è dedicato il capitolo secondo, gettando così le basi per un recupero organico, autenticamente sistematico della *res* perduta, o forse soltanto dispersa nel testo costituzionale.

Il terzo capitolo è dedicato al *leading case* n. 303/2003, ovvero a quella decisiva sentenza della Corte costituzionale che, nel rileggere il Titolo V, ha aperto al meccanismo di attrazione in sussidiarietà legislativa. Di nuovo, come nel capitolo che precede, nella monografia in esame viene indicato come chiave il principio di leale collaborazione, in funzione di un dato che resta costantemente sotto osservazione: il diverso ruolo, incomparabile per certi versi e complementare per altri, affidato dalla Costituzione alle Regioni e allo Stato⁵.

² F. BASSANINI, *L'attuazione dell'ordinamento regionale: tra centralismo e principi costituzionali*, La nuova Italia, Firenze, 1970.

³ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 87.

⁴ *Ivi*, p. 88.

⁵ Si veda *Ivi*, pp. 261-264, per una descrizione (che va oltre l'apparente metafora) della “cascata” attraverso cui potere di sostituzione tra Stato e Regioni si configura come

Il capitolo quarto prosegue nell'analisi affrontando il tema, sempre problematico, dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, co. 2° Cost. Anche in questo caso la Corte costituzionale si è fatta portatrice di una lettura ordinata e, in un certo senso, ordinante (cioè capace di dare ordine) della ripartizione tra Enti, che è poi espressione di quei rapporti che si possono variamente – e con attenzione e precisione tutta interna alla scienza giuridica – chiamare di gerarchia, di sostituzione, di supremazia, di avocazione ecc.

Il capitolo quinto, infine, è dedicato alla comparazione con il modello federale tedesco. La Legge fondamentale tedesca imposta il rapporto tra ogni singolo Land e Bund attraverso meccanismi diversi da quelli prospettati dalla Costituzione italiana e proprio nella differenza dei sistemi si notano analogie di interesse: «la clausola di necessità che per anni ha contribuito in Germania a rafforzare le spinte centripete del Bund poggia – a ben riflettere – proprio sugli stessi presupposti oggettivi in base ai quali in Italia ha, dapprima operato la celeberrima clausola di supremazia e cui poi è – più tardi – succeduta la, permanente, pervasività degli attuali istituti di positivizzazione dell'interesse nazionale italiano»⁶.

Per quanto non sia mai semplice estrarre da un lungo testo una sintesi efficace e autenticamente condensata, si può notare come la tesi sostanziale è che l'interesse nazionale non sia scomparso, bensì si sia soltanto spostato da una norma costituzionale che ne conteneva esplicitamente la dizione verso una pluralità di istituti, variamente individuati nel testo della Carta fondamentale anche attraverso il fondamentale contributo ermeneutico della Corte costituzionale. E, segnatamente: «le materie trasversali, il meccanismo di così detta chiamata in sussidiarietà legislativa nonché i poteri sostitutivi del Governo dello Stato italiano»⁷.

E, se questa è in estrema sintesi la tesi, più interessante è individuarne i contrafforti. Si sceglie, tra i molti approcci astrattamente possibili, di individuare un percorso all'interno del volume di cui ci si occupa. Il fine è condurre ad unità il concetto di interesse nazionale, descrivendone il contesto e collocandolo nel rapporto tra Stato e Regioni. Il percorso è quello di mettere in collegamento l'interesse nazionale con un concetto che appare esserne a volte la conseguenza a volte il dante causa: l'autonomia.

L'autonomia si può ben dire, a tale proposito, un autentico punto focale, concessa e in un certo senso immediatamente limitata: «è davvero fuor di qualsiasi dubbio poter riconoscere, in ogni caso che [...] i Padri Costituenti vollero introdurre [...] delle peculiari, per quanto pregnanti, disposizioni che avessero la

espressione dei legami che la Corte chiamerebbe (per mutuare la terminologia dei conflitti) intersoggettivi.

⁶ *Ivi*, p. 349.

⁷ *Ibidem*.

precisa *ratio* di riuscire a scongiurare i pericoli centrifughi latamente riconducibili a modelli di tipo federalistico»⁸.

Parrebbe quindi che l'interesse nazionale, ancora prima di avere questo (o altri) nomi, discenda dal fatto stesso di considerare come "altri", cioè non nazionali, gli interessi degli enti territoriali. Nel creare dei centri di potere semplicemente diversi da quello unitario dello Stato centrale, ecco apparire il problema della sovrapposizione e del possibile contrasto tra interessi.

Se questa ipotesi di lettura regge, si potrebbe dunque osservare che l'interesse nazionale sia uno snodo che si colloca tra «il delicato esame dei rapporti fra l'espansivo principio autonomistico ed i (centripeti) congegni costituzionali di unificazione e di coesione per un ordinamento autonomico»⁹. Così impostato, il concetto di interesse nazionale sembrerebbe nemmeno essere rilevante di per sé, piuttosto come conseguenza di un'impostazione disposta altrove. Se, infatti, si potesse inequivocabilmente parlare di una «tensione che è nelle cose»¹⁰ tra unità e autonomia, centralismo e decentramento, allora l'unità dovrebbe essere davvero un "preconcetto logico" per la sovranità¹¹.

Che non vi sia un interesse nazionale al di fuori di una nazione è talmente banale da non richiedere ulteriore commento. Più interessante è il credere l'interesse nazionale come sintesi concettualmente sovraordinata di altri fattori, operazione alla quale l'A. dedica, come si è visto, la maggior parte dell'opera.

Nel frattempo si vede bene – e la cosa non sfugge all'A. – che chiamare in causa l'interesse nazionale non significa soltanto indagare un istituto, bensì comporta individuare, delineare, tracciare i confini di elementi diversi, di punti di equilibrio che emergono in modo più o meno netto e che richiedono di dare un contorno ampio ai problemi citati.

È quindi già un risultato, e non una semplice premessa, annotare che «sfortunatamente non esisteva né, in generale, può dirsi, invero tuttora esistente una definizione precisa, esaustiva ed assoluta del concetto di autonomia»¹². Di nuovo, la difficoltà non è di trovare un nome o una definizione. Dal punto di vista di un'etichetta descrittiva, le opzioni sono numerose e non problematiche, dal punto di vista definitorio il problema si risolve operativamente considerando che l'autonomia diventa sempre autonomia "in un dato senso", cioè autonomia aggettivata: politica, istituzionale, normativa, amministrativa, organizzativa,

⁸ *Ivi*, p. 48.

⁹ *Ivi*, p. 17.

¹⁰ L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 270.

¹¹ P.P. TREMPS, *Il principio unitario fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali: il caso della Spagna*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 26

¹² A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 19.

finanziaria e contabile. Pertanto, alla conquista di certezze definitorie sul tema dell'interesse nazionale, potrebbe corrispondere una incertezza definitoria nel concetto di autonomia, spostando di volta in volta l'attenzione, con risultati che possono soddisfare o meno non tanto per i risultati conseguiti, quanto per il punto di vista scelto.

Poco sopra si è indicata l'autonomia come "punto focale" che, in fotografia e nelle arti visive, è il punto di convergenza delle linee della struttura. Una foto "fuori fuoco" o un quadro cubista non hanno un punto focale definito o non ne hanno uno unico, rispettivamente. Da cui il disordine delle linee, che fuori di metafora potrebbero essere gli argomenti di chi sostiene una o l'altra definizione e visione di autonomia piuttosto che di sovranità.

Eppure l'unità come "preconcetto logico" per la sovranità non dovrebbe ammettere punti di fuoco imprecisi né contraddittori. Per quanto la globalizzazione del diritto abbia abituato gli interpreti alla sovrapposizione di competenze a tutti i livelli, le categorie portanti del diritto dello Stato moderno non possono autenticamente prescindere dalla sovranità. E, di conseguenza, dall'autonomia dove questa sia integrata nel sistema, per quanto possa essere o risultare sfuggente.

Ecco, quindi, sempre per restare all'elencazione dei problemi sollevati, che si potrebbe pensare di ricondurre il problema a metodo, se non si debba parlare di merito. Un po' come – abusata immagine – il Don Ferrante manzoniano si domandava se la peste fosse sostanza o accidente. Non sfugge all'A. nemmeno questo aspetto e, in particolare, individua nella leale collaborazione quel principio che passa dall'essere rivolto al risultato all'essere rivolto al metodo: esso sarebbe stato «piegato [...] in favore della preminente garanzia (di ultima parola) delle istanze di unitarietà dell'ordinamento repubblicano»¹³ massimamente dall'interpretazione giurisprudenziale data dalla Corte costituzionale¹⁴.

3. Pluralità dell'interesse nazionale

3.1 Potenza di una metafora. Alla ricerca dell'araba fenice

Si è seguita, nelle pagine precedenti, e sulle tracce della monografia in esame, la ricerca di una unità concettuale per l'interesse nazionale "scomparso" dal testo costituzionale. È opportuno, a questo punto, riprendere il ragionamento da un'altra prospettiva.

¹³ *Ivi*, p. 247.

¹⁴ In dottrina si è ipotizzato che lo stesso federalismo sia un metodo: G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, CEDAM, Padova, 2011.

L'approccio è nel senso di guardare non alla unità bensì alla pluralità dell'interesse nazionale. Ancora una volta ne fa traccia il volume. Il punto di partenza è il sottotitolo, che si è già ricordato in apertura ma che vale ribadire: "itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice".

Proprio l'araba fenice vuole essere lo spunto per rilanciare (ed approfondire nonché, se possibile, arricchire) l'indagine fin qui compiuta. Si tratta di una metafora, non vi è dubbio e, come tale, presenta dei limiti metodologici quando applicata nel diritto ma dimostra la propria utilità: primo, in quanto arriva da un precedente contributo in dottrina, cui l'A. fa riferimento, e merita tanto spazio da essere riportata nel sottotitolo della monografia¹⁵; secondo, essendo una metafora indovinata, merita di essere approfondita per svelarne i possibili significati e riportarli, con maggiore approfondimento e al di là delle suggestioni letterarie, in piena legittimità nella scienza giuridica.

Sia concessa, dunque, un'apparente breve divagazione a proposito dell'"araba fenice", che è innanzitutto semplicemente la fenice, animale mitologico la cui storia immaginaria si perde nella notte dei tempi. Il punto di arrivo, lo si anticipa per evitare di collocare una digressione fine a sé stessa, è il seguente: «appare davvero suggestiva – oltre che ragionevolmente coerente con l'"impianto" introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, nonché con la successiva e consolidata giurisprudenza costituzionale – la provocazione di chi in dottrina abbia, incisivamente, paragonato l'interesse nazionale alla celebre figura mitologica dell'araba fenice»¹⁶.

Quali sono, dunque, e quali possono essere le suggestioni e le consonanze di impianto tra un essere mitologico e un istituto giuridico?

Per rispondere alla domanda, si dirà che della fenice parla già Erodoto, riportandolo come un uccello simile all'aquila con le penne rosse e oro che si fa vedere ogni 500 anni: «dicono che parta dall'Arabia; che, avvolto in un letto di mirra, trasporterebbe il padre nel santuario del Sole, e che ivi lo seppellisca».¹⁷

Ancora, «la storia effettiva della fenice nella letteratura latina per noi comincia con Ovidio, e per la precisione con l'Ovidio degli *Amores*. Il carme 6 del libro II è la risposta ovidiana, esotica e frivola, al carme 3 di Catullo, il compianto per il

¹⁵ S. BUDELLI, *L'araba fenice dell'interesse nazionale ed il principio di supremazia*, in S. BUDELLI, *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 75 ss.

¹⁶ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 371.

¹⁷ ERODOTO (traduzione di L. ROSSETTI), *Storie*, Newton Compton Editori, Roma, 2011, II, p. 73.

*passer di Lesbia*¹⁸ ma l'argomento è usato come «elemento convenzionale, più o meno indifferente al retroscena mitico»¹⁹.

È di nuovo Ovidio a tracciare nella storia della letteratura i caratteri della fenice così come è stata tramandata nei millenni seguenti in «una sezione filosofico-didascalica, fondale cosmico, filosofico-pitagorico alle Metamorfosi, che traduce in catalogo di esempi il tema della inesauribile trasformazione della materia, della metempsicosi e dell'eterno flusso delle anime»²⁰.

Ovidio insiste su quello che è il carattere più noto della fenice, cioè il suo rinascere dalle fiamme, dalle ceneri di sé stessa: *finit in odoribus aevum*, dice, ma per la fenice non è finita la vita, perché un piccolo rinasce e riprende il ciclo di ben cinque secoli di vita.

La fenice, però per Ovidio non è araba, bensì “assira”. Per ritrovare l'espressione già anticipata da Erodoto, con la inconfondibile inversione tra sostantivo e aggettivo, bisogna arrivare al *Metastasio*, che nel secondo atto del *Demetrio* – libretto musicato da moltissimi compositori, la prima volta da Caldara nel 1731 – fa dire ad Olinto (rivale del protagonista) in dialogo con il capitano delle guardie Mitrane una frase che diventerà celebre e proverbiale: «È la fede degli amanti / come l'araba fenice: / che vi sia, ciascun lo dice; / dove sia, nessun lo sa»²¹. Il contesto è serio e finanche drammatico²² e il parallelo è chiaro: la fedeltà degli

¹⁸ R. STRATI, *La fenice nella letteratura latina*, in *Annali online di Ferrara – Lettere*, n. 1/2007, pp. 54-79. Nella versione consultata, p. 2.

¹⁹ *Ivi*, p. 10.

²⁰ *Ibidem*. Vi sarebbe un uccello che gli Assiri chiamano fenice «*non fruge neque herbis, sed turis lacrimis et suco vivit amomi. Haec ubi quinque suae complevit saecula vitae, ilicis in ramis tremula eque cacumine palmae unguibus et puro nidum sibi construit ore. Quo simul ac casias et nardi lenis aristas quassaque cum fulva substravit cinnama murra, super se inponit finitque in odoribus aevum. Inde ferunt, totidem qui vivere debeat annos, corpore de patrio parvum phoenica renasci.*» Sia concesso riportare una traduzione: «non vive di erbe o di frumento, ma di lacrime d'incenso e stille d'amomo, e quando giunge a cinque secoli di vita, se ne va in cima a una tremula palma e con gli artigli, col suo becco immacolato si costruisce un nido tra il fogliame. E non appena sul fondo ha steso foglie di cassia, spighe di nardo fragrante, cannella sminuzzata e bionda mirra, vi si adagia e conclude la sua vita fra gli aromi. Allora, si dice, dal corpo paterno rinasce un piccolo di fenice, che è destinato a vivere altrettanti anni». Per utilizzare la parafrasi di Dante «*che la fenice more e poi rinasce, quando al cinquecentesimo anno appressa erba né biada in sua vita non pasce, ma sol d'incenso lacrima e d'amomo, e nardo e mirra son l'ultime fasce*» *Inferno* XXIV, 107-111.

²¹ Consultato il testo del 1731 sul sito www.progettometastasio.it.

²² Olinto ha conquistato lo scettro di re, ma Mitrane gli ricorda «se pace adesso solo in te stesso ritrovar non sai, ancor nel regio stato infelice sarai come privato». Olinto risponde che «gli affetti umani indagar non è per me» e che è disposto a perdere la propria amata, Barsane, in cambio del regno. «E puoi Barsane amando compiacerti d'un trono per cui la perdi?» domanda Mitrane e Olindo risponde «E comparar tu puoi la perdita d'un core

amanti è introvabile, come il mitologico animale, assiro o arabo che fosse. Che la fenice sia famosa per rinascere dalle fiamme è del tutto secondario in questo contesto.

Una seconda “araba fenice” è celebre nella letteratura, e nella musica, al pari o forse ancor più della precedente. Che sia questo un caso del supposto – e per certi versi contestato – “effetto Mandela” è da valutare, poiché all’espressione “araba fenice” utilizzata in senso proverbiale non vi è traccia della serietà metastasiana. Né della austerità cui fa riferimento l’Ovidio delle *Metamorfosi* o lo stesso Erodoto, poiché un omaggio al padre defunto o al sacrificio di sé o a un avvenimento che si verifica ogni 500 anni è indubbiamente qualcosa di serio. Al contrario, è un’immagine che provoca un sorriso.

È Lorenzo Da Ponte a inserire nel libretto del *Così fan tutte*, musicato da Mozart, una citazione pressoché letterale della quartina di Metastasio, di cui muta una parola. Una sola, che cambia però tutto il contesto (oltre che la metrica).

Nell’atto primo, scena prima, il terzetto composto da Don Alfonso, Ferrando e Guglielmo parla d’amore e il discorso cade sulla fedeltà (la “fede”, tema caro all’opera settecentesca). Il cinico Don Alfonso dichiara che: «È la fede delle femmine / come l’araba fenice / che vi sia ciascun lo dice; / dove sia, nessun lo sa». Più facile trovare un uccello con le piume oro e rosse che si fa vedere ogni 500 anni che una donna costante in amore, dice il poco politicamente corretto Don Alfonso.

La fenice, dunque, è (e tutto allo stesso tempo, a seconda se sia aggettivata come araba o meno): qualcosa di introvabile; la rappresentazione della rinascita da sé stessi; il simbolo di una vita lunghissima; esempio di fedeltà assoluta al proprio passato e al passato familiare; esempio di sacrificio di sé; una amara considerazione sull’amore; una critica alle donne; un motto divertente; un riferimento dotto.

Nulla di nuovo per un bestiario moraleggiante. Un problema in più per chi fa uso delle metafore. Soprattutto se, come autorevolmente suggerito, vi possano essere i presupposti perché la metafora «non sia puro ornato, bensì una forma di conoscenza»²³.

coll’acquisto d’un regno?». «A queste prove chi è fedel si distingue» obietta Mitrane e Olinto termina il recitativo quasi sconcolato: «eh che in amore fedeltà non si trova. In ogni loco si vanta assai ma si conserva poco.» E sullo stesso tono inizia l’aria «È la fede degli amanti come l’araba fenice: che vi sia, ciascun lo dice; dove sia, nessun lo sa. Se tu sai dov’ha ricetto, dove muore e torna in vita, me l’addita e ti prometto di serbar la fedeltà.» Si chiude su queste parole la scena III dell’atto II con Olinto che esce.

²³ Così, sia pure in riferimento specifico all’Aristotele della *Poetica* e della *Reticorica*: U. ECO, 1. *Aspetti conoscitivi della metafora in Aristotele*, in *Doctor virtualis*, n. 3/2004, pp. 5 ss.

3.2 Declinazioni giuridiche

Nel sottotitolo del volume in esame sull'interesse nazionale pare di vedere meno pluralità nei riferimenti alla fenice rispetto a quanto appena prospettato sul piano storico e letterario. L'araba fenice è certamente un *bon mot*, privato del primo verso di Metastasio e di Da Ponte e quindi esempio di qualcosa di inafferrabile che rinasce da sé stesso. Entrambe le cose insieme, con ogni probabilità.

Si diceva della ricerca dell'interesse nazionale nel testo originario della Costituzione: «i Padri Costituenti operarono la precisa, e consapevole, scelta di attribuire sì [...] alle Regioni la politicamente preziosa potestà legislativa [...] ma decisero [...] al contempo [...] di cercare di circoscrivere adeguatamente e minuziosamente gli ambiti di operatività del futuro legislatore regionale»²⁴. E l'interesse nazionale ne diventa un contrappeso.

La riforma del titolo V muove, apparentemente, da punto di vista opposto, ma è ben noto che non è così. È particolarmente chiarificatore, in quest'ottica, la scelta della Corte costituzionale effettuata nella celebre sentenza 303/2003²⁵, che l'A. mette in parallelo con la sent. 177/1988 notando la similitudine tra le due decisioni: «balza all'occhio la stretta somiglianza testuale tra le parole impiegate nelle pagine del Considerato in diritto della sentenza n. 303/2003 – per delineare a quali condizioni le esigenze unitarie possano *pro futuro* condurre all'attrazione od avocazione in sussidiarietà legislativa – ed i termini spesi quindici anni prima dalla stessa Consulta per “circoscrivere” l'ambito di legittimità dell'interesse nazionale»²⁶.

Trovare continuità in una sentenza che ha “riscritto” il Titolo V, dopo che il revisore costituzionale l'aveva a sua volta indubitabilmente rivoluzionato, è significativo. Si inizia ad intravedere per certo, senza tema di smentite né di variazioni linguistiche, una costanza d'assetto (un assetto cui non manca “fede” nel

²⁴ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., pp. 92-93.

²⁵ Su cui i commenti “a caldo”, *ex multis*, di A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storia (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 ottobre 2003; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003; A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003. A distanza di tempo, si vedano i commenti di A. RUGGERI, *Il problematico “bilanciamento” tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 849 ss.; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell'interesse nazionale*, in *AmbienteDiritto.it*, 16 aprile 2018.

²⁶ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 219.

senso dei libretti d'opera sopra citati) che – a questo punto – dipende solo parzialmente dal testo costituzionale del Titolo V²⁷. In altri termini, dipende dalle scelte fondamentali del costituente, tra cui il regionalismo, che non è stato messo in discussione nel 2001, né forse può esserlo, stanti i limiti impliciti alla revisione costituzionale.

Il ruolo del collegio di palazzo della Consulta, dunque, non sarebbe stato soltanto quello di porre un freno operativo all'esuberanza delle iniziative regionali assunte con legge: «ad assicurare il rispetto della volontà dei Padri Costituenti in punto di interesse nazionale è storicamente intervenuta proprio la Corte costituzionale [...] è andata ben al di là del dato puramente testuale, espresso dalla lettera del revisionato Titolo V, e della stessa scomparsa “formale” [...] per spingersi, cioè, sino alla costante ricerca dell'intima *ratio* dell'interesse nazionale ovverosia dell'esigenze di unitarietà e di coesione dell'ordinamento, insuscettibili di alcun frazionamento»²⁸.

In questo gioco di molteplicità e unità, l'interesse nazionale è il punto di coagulo di una serie di istanze che ne sono “positivizzazione”, per utilizzare il linguaggio dell'A.²⁹. In altri termini, «la verità è che nella Carta costituzionale italiana non è affatto scomparso l'interesse nazionale. L'interesse nazionale è stato più semplicemente positivizzato nonché sistematizzato (grazie anche all'intervento della giurisprudenza costituzionale) nei nuovi istituti delle materie trasversali, di attrazione in sussidiarietà legislativa e della clausola di trasferimento, temporaneo, in capo al Governo statale dell'esercizio delle competenze già attribuite agli Enti territoriali della Repubblica italiana»³⁰.

Non a caso, quelli citati sono argomenti che molto hanno dato da studiare alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale per molti anni dopo la riforma del Titolo V. I molti nomi del sempre vivo (ancor più che redivivo) interesse nazionale si ricordano ad uno solo per vie sotterranee, ed è merito del volume in esame enucleare le diverse occasioni in cui ciò avviene.

Per quanto riguarda i poteri sostitutivi vi sono quattro punti da prendere in considerazione³¹: il significato di attività sostitutiva; la natura dell'atto con cui il Governo interviene, cioè politico o amministrativo; l'oggetto dei poteri

²⁷ *Contra*, «per non cadere nell'errore, tipico dei periodi di transizione, di interpretare le nuove previsioni costituzionali alla luce delle categorie sorte nel precedente contesto», M. PICCHI, *La tutela delle istanze unitarie fra interesse nazionale e principio di sussidiarietà*, in *ISSiRFA*, disponibile all'indirizzo www.issirfa.cnr.it, 2012.

²⁸ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 252.

²⁹ Alla positivizzazione dell'interesse nazionale è esplicitamente intitolato il par. 2 del cap. II, p. 135.

³⁰ *Ivi*, pp. 368-369.

³¹ *Ivi*, p. 257 ss.

effettivamente sostituibili; i presupposti costituzionali che giustificano l'intervento del Governo.

Apparentemente, nulla in comune con la potestà legislativa. Ad un'analisi più attenta, però, si tratta di aspetti complementari, che proprio per questo possono essere ricondotti ad unità nonostante la chiara pluralità di partenza. A loro volta, anche le materie trasversali e la chiamata in sussidiarietà hanno in comune soltanto l'attinenza con un meccanismo di flessibilità, volto in favore dello Stato³², della competenza legislativa.

Ed è la sola sussidiarietà a collegare la distribuzione della potestà legislativa, ma nella versione data dalla giurisprudenza costituzionale, all'esercizio dei poteri sostitutivi *ex art. 120*, co. 2° Cost.

Ancora, è l'interesse nazionale a costituire lo sfondo sul quale si muovono questi differenti aspetti sollevati dalla riforma del 2001: raccogliendo le argomentazioni dell'A. svolte in vari punti del volume si vede come «le “materie trasversali” sul piano delle competenze legislative *ex articolo 117 Cost.*, la così detta “chiamata in sussidiarietà legislativa” sotto il profilo di esercizio delle funzioni amministrative *ex articolo 118 Cost.*, nonché la “clausola straordinaria dei poteri sostitutivi statali” (*ex articolo 120 Cost.*) sotto entrambi i piani – ossia tanto sul piano di una “surrogazione” nell'esercizio delle funzioni amministrative quanto, non di meno, in punto di una vera e propria ‘sostituzione legislativa’ rispetto alle competenze regionali – costituiscono, ad oggi, gli elementi di una chiara ‘compensazione/emersione’ (dell’araba fenice) dell’interesse nazionale italiano»³³. E, ancora, «è evidente come al di là dei sottili nominalismi [...] sia piuttosto pacifico che il previgente interesse nazionale sia stato, sostanzialmente, tradotto con la Legge di revisione costituzionale n. 3/2001 da tipica “clausola di supremazia” [...] ad uno stretto *numerus clausus* di materie trasversali aventi, in qualche modo, l'indiretta funzione di garantire una sorta di interconnessione unitaria ed uniformante tra il sistema delle fonti statale e quello regionale»³⁴.

Insomma, «in un sistema costituzionale orfano della “clausola” di supremazia e contestualmente monco della previsione di una sede collaborativa tra gli Enti territoriali, pur tendenzialmente pari ordinati, si profilerebbe infatti soltanto un'unica realistica alternativa fra le due ipotesi possibili: o si collaborerebbe davvero oppure, in mancanza di spirito collaborativo, verrebbe sistematicamente a prevalere il “più forte” soggetto meno collaborativo, ovvero lo Stato; con la buona pace del principio di leale collaborazione (e della stessa sussidiarietà)»³⁵.

³² M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

³³ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 122.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ivi.*, p. 117.

La flessibilità ostinatamente ricercata dalla Corte costituzionale, la differenza di posizioni tra Stato e Regioni sono, quindi, effetto e non causa: «ne è disceso l'effetto [...] di un'incredibile capacità della sussidiarietà verticale introdotta all'articolo 118 della Costituzione di andare a produrre [...] un'incisiva mobilità ed elasticità» della ripartizione di competenze³⁶.

L'attrazione in sussidiarietà, le materie trasversali, così come l'esercizio dei poteri sostitutivi, sono tutti espressione dell'interesse nazionale. Qui giunti, tuttavia, rimane un problema di fondo: tanta flessibilità ha un prezzo, poiché la rottura e la ricostruzione di schemi lasciano – come ovvio attendersi – cicatrici nelle parti vive e giunture in quelle meccaniche.

Il fatto che l'interesse nazionale sia una sfuggente certezza nel modello regionale italiano, un'araba fenice che muore e rinasce, dunque, è un problema che, come si è visto sopra, irradia, e non senza difficoltà, dalla sovranità e dall'autonomia come concetti generali all'esercizio minuto delle funzioni amministrative.

4. Inafferrabilità dell'interesse nazionale: limite o risorsa?

Si sono visti quali e quanti problemi ponga l'interesse nazionale, indipendentemente dalla sua formulazione positiva nella Carta fondamentale.

È il momento di domandarsi, al termine dell'*excursus*, se i problemi che solleva sono da considerarsi una risorsa o un limite. Non sempre e non necessariamente, infatti, i problemi che risultano dal rimodellamento di un istituto o dalla riscrittura della Costituzione – come in questo caso – si concludono in aspetti deteriori.

Uno dei limiti, è stata, probabilmente, la miopia del revisore costituzionale: «il vero ed assai grosso problema di fondo è stato – però – che il legislatore costituzionale del 2001 credesse (o, verosimilmente, sperasse) che nel Palazzo della Consulta i 'conflitti' di competenza legislativa oggetto dei futuri contenziosi potessero 'spontaneamente' risolversi in natura»³⁷.

Posta nelle condizioni di dover risolvere i problemi concreti derivanti dal riparto di competenze successivo al 2001, e nella valutazione di un inedito slancio centrifugo – per seguire la terminologia usata sopra – delle Regioni, la Corte costituzionale è stata quasi di necessità costretta ad individuare dei meccanismi di flessibilità, come essa stessa ha chiamato l'attrazione in sussidiarietà, che non sono certo neutri.

Autorevole dottrina osserva che «uno essendo il valore che potremmo chiamare di "unità-autonomia" ovvero di "autonomia-unità" è evidente che spinte centrifughe e spinte centripete dovrebbero pur sempre ricercare il modo della loro

³⁶ *Ivi*, pp. 103-104.

³⁷ *Ivi*, p. 168.

equilibrata composizione»³⁸. Il punto è cosa si intende per “equilibrio”: se si tratta di un limite ad una spinta potenzialmente persino eversiva da parte delle Regioni, cosa difficile a credersi; se si tratta di conservare l’unità a favore delle prerogative (non collaborative) dello Stato, cosa possibile, ma contrastante o contraddittoria con le intenzioni della riforma del 2001 e, in un certo senso, persino con l’art 5 Cost.; se una mediazione in cui ogni soggetto istituzionale fa i propri interessi purché essi non siano in diretto contrasto con gli interessi degli altri soggetti, cosa verosimile ma sminuente dell’autonomia stessa; se un accordo a tutti i costi, anche diretto dall’alto, purché venga mantenuto lo *status quo*.

L’equilibrio come mediazione, infatti, riporta il problema alla radice: cosa è l’autonomia, cosa la sovranità e cosa un interesse. Viene a galla il problema del “disegno autonomistico” in sé stesso³⁹, cioè dei valori ispiratori più che dei principi giuridici.

La leale collaborazione, come si è visto sopra, è parte della positivizzazione dell’interesse nazionale, ma – e forse ciò non sorprende – è un principio operativo tanto flessibile da non avere un’identità propria o, se si vuole, da avere potenziali “effetti perversi”⁴⁰: «Non è dato, ad onor del vero, da nessuna parte comprendere, con chiarezza, come distinguere su di un piano certo, astratto e generale per quale tipo di ipotesi collaborativa ricorra la necessarietà di un’intesa forte anziché, piuttosto, di una debole oppure, ancora, per quali casi ci si possa, “semplicemente”, accontentare di forme collaborative più blande, come, ad esempio, la forma di una semplice consultazione informativa di un Ente o la mera richiesta di un parere di tipo non vincolante»⁴¹. Combinato con l’osservazione sopra riportata tale per cui l’autonomia non ha definizione se non aggettivata, concretizzata, l’interesse nazionale acquista una dimensione del tutto sfuggente.

Infatti, esso richiede – molto banalmente, come già anticipato in apertura – che vi sia una nazione e che questa abbia un interesse. Aspetti, fin qui, problematici⁴² ma non irrisolvibili. Almeno sotto il profilo politico: tra i problemi di incompiutezza dell’unità italiana, forse mai veramente affrontati, prima ancora che mai risolti, si può annoverare anche l’individuazione degli interessi nazionali. Il

³⁸ A. RUGGERI, *Territorio, persone, Costituzione*, in *Diritti regionali*, n. 3/2018, p. 15.

³⁹ Per mutuare l’espressione di G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2014.

⁴⁰ Su alcuni altri aspetti, cfr.: M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 1044 ss.

⁴¹ A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 249.

⁴² Come ricorda F. MANGANIELLO, *Interesse nazionale*, cit., vi possono essere anche interessi europei e l’UE non è uno Stato. Eppure, i “vincoli” e gli “obblighi” comunitari e internazionali sono positivizzati nell’art. 117, co. 1° Cost.

tema, però, tende a sfuggire di mano, perché si rischia di confondere i piani metodologici. Altro è l'interesse nazionale italiano storico, istituzionale, politico, geopolitico⁴³ e altro è l'interesse nazionale in senso giuridico.

È questo il punto, dunque, su cui si concentrano le difficoltà: la qualificazione dell'interesse nazionale come concetto giuridico e non come espressione politica o come sintesi di equilibri, i quali non devono essere necessariamente partitici, bensì possono appartenere alla più ampia gamma dell'indirizzo politico generale degli enti e delle istituzioni.

Possibile, dunque, che i problemi che affliggono l'individuazione dell'interesse nazionale siano a loro volta conseguenza, e non causa, della trasformazione in linguaggio e meccanismi giuridici di problemi irrisolti a livello politico⁴⁴. E, ahimè, non soltanto nel senso delle persone che guidano le istituzioni, bensì a livello di equilibri costituzionali. Ne sia dimostrazione il sistema delle intese, fondamentale nel regionalismo ma non costituzionalizzato, se non marginalmente, come si è avuto modo di accennare.

La Costituzione, specialmente dopo la riforma del Titolo V, presuppone – e in un certo senso ordina – che le tensioni siano tutte risolte per principio, che non vi sia questione nel tenere insieme autonomia e differenziazione, sovranità e decentramento e tutte le combinazioni di opposti che classicamente annotano gli interpreti attenti dell'autonomia e del regionalismo.

Dunque, come accade in qualsiasi costruzione fisica che non è progettata adeguatamente per scaricare le tensioni, i problemi affliggono le giunture, o perché sono i punti più deboli o perché non vi è altro modo per scaricare le tensioni comunque accumulate. L'interesse nazionale e la Corte costituzionale, insieme più che separatamente, sono, quindi, i parafulmini del sistema. E, così, è molto adatto avvicinare la mitologica araba fenice all'interesse nazionale: entrambi sfuggenti, entrambi dati per certi, entrambi dalle caratteristiche più uniche che rare.

Infine: la metafora della fenice – non araba, semplicemente la fenice – è stata autorevolmente utilizzata in tutt'altro contesto. Lontano dal mondo del diritto ma in un punto abbastanza interessante da proporre un parallelo: San Tommaso d'Aquino nel *De ente et essentia* cita la fenice, non come mito ma piuttosto come animale mitologico. Dice: *omnis autem essentia vel quiditas potest intellegi sine hoc*

⁴³ O linguistico. Si veda: R. TONIATTI, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di "un nuovo modello di riparto delle competenze" legislative tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

⁴⁴ Creando ovunque sovrapposizioni tra strumenti giuridici: C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2006, pp. 817 ss.

*quod aliquid intelligatur de esse suo: possumus enim intellegere quid est homo vel Phoenix et tamen ignorare an esse habeat in rerum natura*⁴⁵.

Cioè possiamo comprendere tutto, il massimo del reale – l'uomo – e il massimo dell'irreale – la fenice – e continuare a non occuparci di cosa essi siano concretamente. Come spesso accade per i ragionamenti sulla *intentio prima* e sulla *intentio secunda*, per continuare ad usare un linguaggio caro agli scolastici, il passaggio al diritto è immediato, poiché anche la scienza giuridica ragiona attorno a oggetti mentali, in relazione all'epistemologia.

Quasi inaspettatamente, in relazione ad un realista metafisico, è stato osservato che: «non c'è ragione, sembra dire l'Aquinate, per attribuire alla definizione di uomo maggior certezza e fondamento di quella della fenice, di un prodotto dell'immaginazione umana, di un *fictum*»⁴⁶. Ed ecco una ulteriore buona ragione per paragonare l'uccello mitologico all'interesse nazionale.

Ancora, «non essendo determinabile a priori un grado zero, un criterio certo e interno al discorso stesso per cui si dia realismo perfetto, ossia identità assoluta di essenza ed essere, ogni conoscenza discorsiva in quanto strutturalmente molteplice, complessa, non coglie mai in modo pieno e diretto l'esistente, ma è sempre confronto tra cose diverse e rimando ad altro, vale a dire interpretazione»⁴⁷.

Interpretazione che non può non essere calata nel sistema, individuata nei rapporti giuridici. In questo senso, il realismo metafisico in ambito giuridico sarebbe appropriato. Tutti, dal revisore costituzionale agli operatori istituzionali, dalla Corte costituzionale alla dottrina sono chiamati a preferire equilibri concreti, ad adeguare, tomisticamente, la realtà e l'intelletto (per richiamare la definizione di verità del Dottore Angelico) piuttosto che sacrificare ad equilibri ideali se non ideologici l'assetto della Repubblica e, di conseguenza, aprire la caccia ad arabe fenici.

⁴⁵ *Caput 3*, versione in www.corpusthomisticum.org.

⁴⁶ L. SPINELLI, *Come l'araba fenice, che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*, in *Doctor virtualis*, n. 3/2004, p. 91.

⁴⁷ *Ivi*, p. 94.

Il Fondo di anticipazione di liquidità (FAL) e le sue tentazioni. Note a margine di Corte cost. 80/2021*

ELENA DI CARPEGNA BRIVIO**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 29 aprile 2021.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0080s-21.html.

Sommario: 1. Le anticipazioni di liquidità nella prospettiva dell'equilibrio strutturale di bilancio. – 2. La sentenza 80/2021 e la (ripetuta) alterazione contabile delle anticipazioni di liquidità. – 3. La prospettiva della finanza pubblica locale dopo la sentenza 80/2021.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il Fondo di anticipazione di liquidità (FAL) e le sue tentazioni. Note a margine di Corte cost. 80/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *le Regioni*.

** Ricercatrice t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Milano-Bicocca. Indirizzo mail: elena.dicarpegna@unimib.it.

1. Le anticipazioni di liquidità nella prospettiva dell'equilibrio strutturale di bilancio

La sentenza 80/2021 costituisce l'esempio più recente di un indirizzo giurisprudenziale che, negli ultimi anni, si è assunto l'onere di riportare in una corretta prospettiva costituzionale l'impiego degli strumenti di riequilibrio finanziario a favore degli enti locali¹.

Dal punto di vista processuale la sentenza si colloca nella lunga sequenza di questioni sollevate dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti che ha consentito alla Corte costituzionale di riscrivere il proprio ruolo nei confronti della legalità finanziaria arrivando a sottoporre a un attento scrutinio anche le poste inserite nei documenti contabili degli enti locali². Dal punto di vista sostanziale la pronuncia contribuisce a comporre il quadro operativo delle nuove regole costituzionali in materia di equilibrio di bilancio, utilizzate ormai dalla Corte costituzionale come un sistema integrato di principi che rende l'uso delle risorse pubbliche strettamente collegato all'*accountability* democratica e alla tutela dei diritti delle generazioni future.

La decisione ha ad oggetto le anticipazioni di liquidità, strumento di carattere eccezionale introdotto dal legislatore durante la crisi economico-finanziaria con l'obiettivo specifico di arginare il fenomeno dei ritardi nei pagamenti delle pubbliche amministrazioni³. Le anticipazioni erano state concepite inizialmente

¹ Costituiscono dei precedenti della sentenza 80/2021 le pronunce 4/2020, 18/2019, 101/2018, 49/2018, 274/2017, 247/2017, 89/2017, 6/2017, 279/2016, 181/2015, 188/2014. G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto&Conti*, n. 1/2020, pp. 16 ss.; L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018; C. BUZZACCHI, *L'«armonia logica e matematica dell'equilibrio del bilancio» e le improbabili acrobazie contabili del legislatore regionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2017; C. BERGONZINI, *Trasparenza e veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili*, in *Le Regioni*, n. 3/2018, pp. 515 ss.

² Cfr. in proposito Corte cost. 89/2017, punto 2 del *Considerato in diritto*. Cfr. poi E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, pp. 37 ss.; P. GIANGASPERO, *La Corte e le sue Corti*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, pp. 75 ss.; M. CECCHETTI, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020.

³ Le anticipazioni di liquidità sono state introdotte dall'art. 1, comma 13, del d.l. 35/2013 («Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica

come una forma di prestito straordinario, erogato da Cassa depositi e prestiti S.p.A. e soggetto a un regime di restituzione particolare, perché potevano essere rimborsate dall'ente locale a rate costanti nell'arco di un trentennio⁴. Una volta creato il meccanismo, però, il legislatore ha più volte agevolato forme di manipolazione contabile che hanno consentito agli enti locali di utilizzare gli importi delle anticipazioni per alterare i risultati annuali di amministrazione e, di conseguenza, di aprire nei bilanci di previsione, spazi fittizi di copertura di nuova spesa.

La Corte dei conti e la Corte costituzionale sono intervenute negli anni per "neutralizzare" la presenza delle anticipazioni nel bilancio degli enti locali prescrivendone l'iscrizione in un apposito Fondo anticipazioni di liquidità (FAL) idoneo a separare le anticipazioni incassate e non ancora restituite dal risultato di amministrazione.

La riproposizione di forme di alterazione contabile, però, non si è arrestata e la giurisprudenza costituzionale in materia ha acquisito nel tempo un significato che va ben oltre l'ambito contabile per intersecare questioni di diritto costituzionale generale che implicano la relazione tra risorse economico-finanziarie, politiche pubbliche e responsabilità politica, anche di tipo intergenerazionale. A seguito della revisione del 2012 la costituzionalizzazione di un «ciclo economico» che, nelle sue fasi avverse e nelle sue fasi favorevoli, deve riuscire a trovare una forma di sviluppo unitaria e coerente, è stata letta dalla Corte costituzionale come idonea ad inserire nel complesso delle decisioni pubbliche una nuova dimensione diacronica dove obiettivi di stabilità e di risanamento possono realizzarsi soltanto attraverso una chiara linea previsionale che ricade nella piena responsabilità degli organi elettivi⁵. Il diritto del bilancio assolve allora alla funzione di riconnettere passato, presente e futuro in un unitario ciclo delle *policies* che attraversa il rapporto tra generazioni e che deve essere reso chiaramente conoscibile per i cittadini. La Corte costituzionale, infatti, ha agito in questi anni per far sì che in ogni singolo esercizio finanziario la rappresentazione contabile delle risorse

amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali»).

⁴ V. GIANNOTTI, *La corretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità. Le criticità*, in *La finanza locale*, n. 4/2015, pp. 31 ss.; M. QUECCHIA, *L'equilibrio delle anticipazioni diverse dall'anticipazione di tesoreria*, in *Finanza e tributi locali*, n. 5/2020, pp. 5 ss.

⁵ M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico: potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Castelvechi, Roma, 2017; P. DE IOANNA, *Il bilancio pubblico: una infrastruttura cruciale per il funzionamento della democrazia rappresentativa in Italia e in Europa*, in C. BERGONZINI (a cura di), *Costituzione e bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 15 ss.; C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica e indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2016, pp. 421 ss.

impiegate risultasse rispondente a un generalizzato principio di trasparenza dei conti pubblici idoneo a sostenere il funzionamento del principio democratico⁶.

Il legislatore nazionale, però, ha dimostrato di non riuscire ad interiorizzare i precetti giurisprudenziali⁷. Il secondo paragrafo analizza il caso oggetto della sentenza 80/2021 inserendolo nella prospettiva dei numerosi precedenti che hanno portato la Consulta a pronunciarsi in più occasioni sulle anticipazioni di liquidità. Dall'analisi emerge chiaramente come il legislatore sia tornato ad agevolare un uso poco trasparente delle risorse FAL non appena la Corte costituzionale ha sanzionato una qualche forma di alterazione contabile. Il risultato è una spirale che alterna previsioni normative e dichiarazioni di incostituzionalità che rende incerta la condizione finanziaria degli enti locali. Il terzo paragrafo allora considera le proposte che hanno riguardato le anticipazioni di liquidità subito dopo la sentenza 80/2021 mettendo in evidenza come sia necessario impostare i nuovi interventi statali su una gestione responsabile delle risorse degli enti locali che sia in linea con i precetti costituzionali evidenziati dalla Corte.

⁶ Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale questi elementi sono stati chiaramente affermati a partire dalla sentenza 184/2016 in cui la Consulta ha stabilito che il bilancio è «un bene pubblico» perché assolve a una funzione informativa che cristallizza in un atto pubblico gli obiettivi di *policy* diventando la prima forma di *accountability* democratica. Con la successiva sentenza 18/2019, poi, la Consulta ha collocato in una precisa sequenza concettuale equilibrio di bilancio, responsabilità democratica dei rappresentanti nell'esercizio del mandato elettivo ed equità intergenerazionale. A partire dagli artt. 81 e 97 Cost. la Corte ha riscontrato nel sistema costituzionale la ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata che si traduce, in termini istituzionali, in una responsabilità politica che deve realizzarsi in una tendenziale corrispondenza tra forme di ripianamento dei disavanzi e durata del mandato elettivo secondo uno schema di trasparenza che deve poter essere temporalmente traslato fino a ricomprendere nella stabilità e sostenibilità evocate dagli artt. 81 e 97 Cost. anche le posizioni di generazioni future. In proposito A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in C. BERGONZINI (a cura di), *Costituzione e bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2019, pp. 52 ss.; C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 18 ss.; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, pp. 216 ss.; G. BOGGERO, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *Diritti comparati*, 1 aprile 2019; C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio condizionato del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, pp. 126 ss.; G.A. FERRO, *Chiarezza dei conti pubblici e democrazia rappresentativa*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2018.

⁷ G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica*, cit.

2. La sentenza 80/2021 e la (ripetuta) alterazione contabile delle anticipazioni di liquidità

La sentenza 80/2021 prende avvio dalla questione sollevata dalla sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Puglia che, in sede di esame del Piano di riequilibrio finanziario pluriennale (PRFP) del Comune di Lecce, ha messo in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 39-ter, commi secondo e terzo, del d.l. 162/2019 («Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica»), convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 2020, n. 8.

I parametri di costituzionalità invocati sono stati gli artt. 81, 97 primo comma, 119 sesto comma, e 136 della Costituzione.

Le disposizioni impugnate costituivano l'ultimo tentativo del legislatore di disciplinare l'iscrizione nel bilancio dei Comuni delle anticipazioni di liquidità, dopo che la sentenza della Corte costituzionale 4/2020 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune previsioni che avevano consentito di impiegare le anticipazioni per finanziare il fondo crediti di dubbia esigibilità e difficile esazione dei Comuni (FCDE)⁸.

Come si è già detto le anticipazioni di liquidità erano state introdotte dall'art. 1, comma tredici del d.l. 35/2013 con l'obiettivo specifico di creare uno strumento di prestito eccezionale che potesse contribuire a ridurre celermente il fenomeno del ritardo nei pagamenti delle amministrazioni pubbliche⁹. Secondo quanto disponeva il decreto-legge, Cassa depositi e prestiti S.p.A. provvedeva ad anticipare agli enti locali che ne facevano richiesta le risorse necessarie al

⁸ La sentenza 4/2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma sesto, del d.l. 78/2015 («Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali»). In proposito C. BUZZACCHI, *Anticipazioni di liquidità ed equilibrio di bilancio: le insidie di una legislazione statale di apparente favore per le autonomie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2020, pp. 35 ss.; F. GUELLA, *Illegittimità dei meccanismi di estinzione fittizia di debito con debito: la sterilizzazione delle anticipazioni di liquidità come meccanismo costituzionalmente necessario*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 958 ss.; G. D'AURIA, *Incremento illegittimo delle capacità di spesa degli enti locali e meccanismi legittimi di soccorso nei confronti degli enti in grave crisi finanziaria (perché non dovuta a loro insufficienze organizzative)*, in *Il Foro Italiano*, n. 5/2020, parte I, pp. 1502 ss.; A.M. QUAGLINI, *Fondo anticipazione di liquidità e fondo crediti dubbia esigibilità: istituti diversi e non sovrapponibili*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1/2020, pp. 241 ss.

⁹ V. GIANNOTTI, *La corretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità. Le criticità*, in *La finanza locale*, n. 4/2015, pp. 31 ss.; M. QUECCHIA, *L'equilibrio delle anticipazioni diverse dall'anticipazione di tesoreria*, in *Finanza e tributi locali*, n. 5/2020, pp. 5 ss.

pagamento di debiti già iscritti nei bilanci degli enti locali ma non pagabili per ragioni di deficienza di cassa. Le risorse erano tratte da un apposito fondo costituito dallo stesso decreto-legge nello stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze poi rifinanziato negli anni successivi¹⁰. In questo modo il legislatore mirava a correggere eventuali sfasature tra cassa e competenza con uno strumento di carattere temporaneo che doveva evitare che la lentezza nella realizzazione delle entrate si traducesse in un corrispondente rallentamento anche nei pagamenti. Le anticipazioni erano tuttavia esclusivamente uno strumento per superare difficoltà di liquidità momentanea e non potevano servire in alcun modo a sopperire alla mancanza o insufficienza delle entrate rispetto alle spese. Esse venivano concesse in modo proporzionale alle richieste e nei limiti delle risorse annualmente disponibili e dovevano essere integralmente restituite con piano di ammortamento, a rate costanti ed entro un orizzonte temporale massimo di trent'anni.

Una volta create queste anticipazioni di liquidità, però, il loro inserimento nel contesto della finanza pubblica locale non è stato affatto agevole. Sino a quel momento le anticipazioni erano state esclusivamente di breve termine, da restituire entro l'esercizio in cui erano state richieste, e potevano essere erogate soltanto dalla tesoreria unica¹¹.

Il d.l. 35/2013, invece, introduceva una disciplina di carattere speciale che derogava al patto di stabilità interno e alle altre disposizioni di finanza pubblica, concedendo agli enti locali un mutuo di più lunga durata rispetto a quelli ordinari ed erogato da un soggetto, Cassa depositi e prestiti, che non svolgeva servizio di tesoreria. È venuto così a crearsi uno spazio giuridico in cui la questione della rappresentazione contabile delle anticipazioni di liquidità ha cominciato ad assumere un rilievo del tutto peculiare¹².

Nella contabilità finanziaria degli enti territoriali, infatti, il capitale soggetto a restituzione viene registrato inizialmente come un'entrata, mentre si manifesta come debito negli anni successivi per effetto di ammortamento. Senza una specifica

¹⁰ D.l. 35/2013, art. 1, comma 10. Il Fondo era costituito di tre parti di cui una era denominata *Sezione per assicurare la liquidità dei pagamenti dei debiti certi liquidi ed esigibili degli enti locali*. La dotazione iniziale era di 2.000 milioni di Euro l'anno per gli anni 2013 e 2014. In sede di conversione la dotazione è stata ridotta a 1.800 milioni di Euro. Il fondo è stato poi costantemente finanziato per gli anni successivi.

¹¹ Il d.l. 35/2013 ha espressamente derogato agli artt. 42, 203 e 204 del d.lgs. 267/2000. In proposito cfr. anche quanto aveva stabilito Corte cost. 188/2014 e la relativa nota di A. BRANCASI, *La Corte costituzionale alle prese con le regole di contabilità pubblica: questa volta tocca alle anticipazioni di cassa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2014, pp. 3094 ss.

¹² A. BRANCASI, *La Corte costituzionale torna sulla nozione di anticipazioni di cassa e sulle modalità della loro contabilizzazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2015, pp. 1380 ss.

contabilizzazione che neutralizzasse gli effetti delle anticipazioni di liquidità, il loro inserimento nel bilancio degli enti locali avrebbe potuto contribuire a ridurre il conto dei residui passivi, migliorando surrettiziamente il risultato di amministrazione con un effetto che si riverbera sugli esercizi successivi. Il rischio era che le anticipazioni di liquidità a rimborso pluriennale venissero impiegate dai bilanci di previsione come strumento di copertura per nuova spesa futura, generando uno spazio finanziario solo apparente che alterava le reali *performance* dell'ente locale e che era inoltre in palese contrasto con il divieto previsto dall'art. 119 sesto comma Cost., dal momento che una forma di indebitamento come le anticipazioni di liquidità veniva utilizzata per finanziare nuova spesa corrente¹³.

La Corte dei conti, nell'ambito della sua attività nomofilattica, si era più volte pronunciata sulla corretta rappresentazione contabile delle anticipazioni di liquidità. L'unica via realmente percorribile era stata indicata nell'iscrizione delle anticipazioni di liquidità in un apposito fondo che consentisse di farle confluire nel risultato di amministrazione come quota accantonata¹⁴.

Queste indicazioni sono state recepite dal decreto ministeriale 1° agosto 2019 che ha modificato l'Allegato 4/2 del d.lgs. 118/2011, la fonte statale con cui sono state dettate le regole di armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci delle Regioni e degli enti locali. Il decreto ministeriale ha introdotto un nuovo punto 3.20-bis che imponeva di registrare le anticipazioni di liquidità tra le accensioni di prestiti, prevedendo inoltre che le anticipazioni a rimborso pluriennale andassero a costituire, nel titolo quarto della spesa, un apposito Fondo anticipazioni di liquidità (FAL) di importo pari alle anticipazioni di liquidità incassate nell'esercizio e non restituite. Gli importi del FAL erano non impegnabili e non pagabili e dovevano entrare a far parte del risultato di amministrazione come quota accantonata¹⁵.

Nonostante queste chiare indicazioni, il legislatore ha continuato, negli anni, ad agevolare alterazioni contabili del FAL che hanno richiesto in più occasioni l'intervento della Corte costituzionale¹⁶.

¹³ V. GIANNOTTI, *La corretta contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità*, cit.

¹⁴ Corte dei conti, deliberazioni della Sezione autonomie nn. 19/2014, 33/2015, 28/2017.

¹⁵ In proposito M. QUECCHIA, *L'equilibrio delle anticipazioni*, cit.

¹⁶ Di particolare rilievo era stata la sentenza 181/2015, in cui la Corte aveva individuato il tratto caratteristico delle anticipazioni di liquidità nella mera riduzione del disallineamento temporale tra entrate e spese, mentre aveva del tutto escluso che le anticipazioni potessero essere impiegate per integrare entrate insufficienti o per coprire spese da effettuare (punto 4.3.2 del *Considerato in diritto*) In proposito A. BRANCASI, *La Corte costituzionale torna sulla nozione di anticipazioni di cassa*, cit.

In particolare, il caso che aveva dato origine alla sentenza 4/2020, cui la pronuncia in commento è strettamente collegata, ha visto il legislatore consentire l'impiego delle risorse del FAL per finanziare il fondo crediti di dubbia esigibilità dei Comuni (FCDE), circostanza che aveva portato il Comune di Napoli a considerare le anticipazioni di liquidità come correttivo finanziario generalizzato volto a fronteggiare una debolezza fiscale del suo territorio di riferimento¹⁷.

La Corte, però, aveva rilevato come la tecnica contabile utilizzata dal legislatore realizzasse un indebito incremento della capacità di spesa dell'ente locale, favorendo condotte irresponsabili degli amministratori e impedendo di ristabilire l'equilibrio strutturale anche negli esercizi successivi. La commistione tra FAL e FCDE, infatti, contribuiva a dissimulare le reali capacità di riscossione dei Comuni e contravveniva alla causa giuridica delle anticipazioni di liquidità che, in quel modo, venivano distolte dal pagamento dei debiti pregressi, per agevolare il finanziamento irresponsabile di nuove forme di disavanzo. L'alterazione dei risultati di amministrazione che ne derivava andava così a comporre un quadro di violazione degli artt. 81, 97 primo comma e 119 sesto comma Cost. a cui bisognava porre rimedio con il corretto accantonamento delle anticipazioni e con la rideterminazione di tutti i risultati di amministrazione che erano stati alterati dall'applicazione delle disposizioni censurate. La Corte aveva ribadito la necessità di «attribuire “a ciascuno il suo” in termini di responsabilità di gestione, affiancando all'operato del breve periodo la situazione aggiornata degli effetti delle amministrazioni pregresse»¹⁸. Non si rendeva necessaria, però, una riapprovazione dei bilanci, né occorre che il legislatore approvasse una specifica disciplina di attuazione, dal momento che era sufficiente ricalcolare i deficit eventualmente maturati facendo riferimento alle norme vigenti in ciascun esercizio, secondo il principio *tempus regit actum*¹⁹.

Ciononostante, a seguito della sentenza 4/2020, la l. 8/2020, di conversione del d.l. 162/2019, ha introdotto una nuova disposizione, l'art. 39-ter che esplicitamente dichiarava di voler «dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 28 gennaio 2020». L'articolo si componeva di diversi commi: il primo enunciava l'obbligo per gli enti locali di accantonare in un apposito fondo le quote di anticipazione di liquidità non ancora rimborsate, mentre il secondo e il terzo introducevano un nuovo meccanismo contabile per l'ipotesi in cui detto accantonamento comportasse un peggioramento del disavanzo di amministrazione

¹⁷ Le disposizioni dichiarate incostituzionali erano l'art. 2 sesto comma del d.l. 78/1015 e l'art. 1, comma 814 della l. 2015/2017. Per le argomentazioni difensive del Comune di Napoli punto 1.2 del *Considerato in diritto*. Su questo specifico aspetto anche C. BUZZACCHI, *Anticipazioni di liquidità ed equilibrio di bilancio*, cit., p. 42.

¹⁸ Corte cost. 4/2020, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ *Ibidem*.

al 31 dicembre 2019 rispetto all'anno precedente. Il secondo comma prevedeva un percorso di graduale ripianamento annuale a partire dal 2020, mentre il terzo comma consentiva di utilizzare a tal fine le risorse dello stesso FAL secondo una scansione temporale pari alla restituzione dell'anticipazione di liquidità e quindi con un orizzonte temporale massimo di un trentennio.

È sulla legittimità costituzionale dei commi secondo e terzo che è incentrata la sentenza 80/2021.

La Corte costituzionale, nel riconoscere la fondatezza dei dubbi della Corte dei conti, ha scelto di non percorrere la strada della violazione del suo giudicato e ha utilizzato il suo potere di decidere l'ordine delle questioni per mantenere su un piano integralmente sostanziale le sue motivazioni e dichiarare poi assorbiti i profili di censura che potevano riguardare l'art. 136 Cost.²⁰.

La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della nuova disciplina prevista dal legislatore riscontrando in essa un meccanismo contabile che lede i principi dell'equilibrio di bilancio e della sana gestione finanziaria secondo una lettura integrata dei principi che caratterizzano il nuovo sistema costituzionale di finanza pubblica.

Ad avviso della Corte, un percorso di rientro dal disavanzo coerente con i principi del mandato elettivo e della responsabilità intergenerazionale richiede infatti che il disavanzo venga rappresentato in modo unitario e che venga fisiologicamente ripianato in un orizzonte temporale contenuto, normalmente annuale, o al massimo triennale, e comunque non superiore alla durata del mandato elettorale, in modo che le amministrazioni che lo hanno causato possano effettivamente risponderne davanti agli elettori²¹. Il meccanismo contabile previsto dal legislatore al secondo comma art. 39-ter, invece, consentendo di ripianare annualmente il maggiore disavanzo determinato dall'obbligatorio ricalcolo dei risultati di amministrazione, di fatto diluiva gli oneri di ripianamento e, di conseguenza, contribuiva a celare le maggiori passività collegate alla

²⁰ Corte cost. 80/2021, punti 5 e 9 del *Considerato in diritto*. La Corte ha in ogni caso ribadito che la sentenza 4/2020 non richiedeva alcuna attività di attuazione del legislatore dal momento che indicava con precisione i criteri attraverso i quali rideterminare i risultati di amministrazione.

²¹ Sul punto la Corte richiama quanto aveva già stabilito nella sentenza 115/2020. M. FRANCAVIGLIA, *La Corte ritorna sulla sostenibilità intergenerazionale dei piani di riequilibrio finanziario degli enti locali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2020, pp. 1298 ss.; C. FORTE, M. PIERONI, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020; M. BEVILACQUA, *La Corte costituzionale si pronuncia sul "Salva Reggio Calabria"*, in *Diritto&Conti*, 9 luglio 2020.

contabilizzazione del FAL, rendendo più difficile la corretta ricostruzione delle responsabilità politiche²².

Quest'opacità, poi, veniva traslata anche negli esercizi successivi, dal momento che il percorso di rientro dal maggiore disavanzo poteva essere distribuito sull'arco di un trentennio aprendo una questione di equità intergenerazionale, perché l'onere della restituzione sarebbe venuto a gravare su generazioni successive che non hanno potuto esprimersi sulla classe politica che ha causato l'indebitamento né hanno potuto beneficiare di un aumento della spesa impiegata per l'acquisizione di beni durevoli di investimento secondo quanto prescrive il sesto comma dell'art. 119 Cost.

Quanto poi alla legittimità del terzo comma dell'art. 39-ter, la Corte ha sottolineato l'anomalia di una previsione che consente di rimborsare la rata di restituzione delle anticipazioni di liquidità attraverso le risorse della quota FAL accantonata nel risultato di amministrazione. La disposizione, infatti, aggrava i profili di incostituzionalità che già sono stati riscontrati nel secondo comma, dal momento che, consentendo un impiego circolare del FAL in cui le risorse in entrata vengono impiegate per rimborsare in uscita la rata annuale, distoglie gli importi FAL dall'estinzione dei debiti pregressi e mantiene inalterata la posizione debitoria dell'ente. Le anticipazioni di liquidità, così, si limitano a transitare semplicemente per il bilancio dell'ente pregiudicando nel tempo l'equilibrio strutturale del Comune e assumendo come unico scopo l'incostituzionale miglioramento fittizio dei risultati di amministrazione.

Pertanto, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi secondo e terzo dell'art. 39-ter, richiamando i Comuni al dovere di una corretta rappresentazione contabile dei loro risultati di amministrazione.

3. La prospettiva della finanza pubblica locale dopo la sentenza 80/2021

Nonostante la pronuncia costituisca di fatto la riaffermazione di un precedente giudicato, la sentenza 80/2021 ha comunque un impatto importante per la condizione finanziaria dei Comuni: l'obbligatoria ridefinizione dei risultati amministrazione potrebbe comportare l'emersione di nuovi consistenti disavanzi, determinando una condizione di dissesto per una quota rilevante di Comuni.

Subito dopo la decisione, ANCI e UPI in una lettera congiunta, hanno chiesto al Ministro dell'Economia e delle Finanze un intervento normativo che nuovamente eviti ai Comuni di dover iscrivere nei bilanci 2021-2023 quote di restituzione delle rate FAL significativamente aumentate²³.

²² Corte cost. 80/2021, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

²³ Lettera sottoscritta dai Presidenti ANCI e UPI e datata 4 maggio 2021. Le associazioni hanno inoltre sottolineato l'urgenza di un simile intervento, dal momento che i bilanci di previsioni dei Comuni devono essere approvati entro il 31 maggio 2021.

Successivamente le associazioni hanno presentato anche una nota alla Conferenza Stato-città e autonomie locali in cui hanno analizzato in modo più compiuto la condizione finanziaria degli enti locali a seguito della pronuncia della Corte costituzionale. Il quadro presentato stima 950 Comuni in disavanzo nel 2019 su 1.400 destinatari delle anticipazioni di liquidità, ma l'impatto potrebbe risultare rilevante anche per molti Comuni non in disavanzo²⁴.

A fronte di questa analisi sono state formulate delle proposte che vanno dall'ipotesi di un intervento dello Stato perché si assuma le maggiori passività o finanzia la maggiore esposizione derivante dal corretto calcolo delle anticipazioni fino a un ripensamento complessivo delle regole di contabilità che consideri in modo integrato gli effetti sui bilanci degli enti locali delle anticipazioni di liquidità, del riaccentramento straordinario dei residui, del FCDE e del Fondo pluriennale vincolato²⁵.

Complessivamente sembra quindi che la questione dell'inserimento delle anticipazioni di liquidità nel bilancio degli enti locali sia tutt'altro che pacificata e non è escluso che, nonostante il carattere univoco della giurisprudenza contabile e costituzionale in materia, la Corte torni nuovamente ad esprimersi su fenomeni di alterazione contabile agevolati dal legislatore.

Appare allora prioritario che un nuovo quadro di stabilità per la finanza degli enti locali venga avviato a partire da un chiaro rispetto della *ratio* delle anticipazioni che, nonostante i tempi dilatati della loro restituzione, sono dei prestiti e non degli strumenti di aiuto generalizzato alle autonomie.

Senza una piena condivisione da parte del legislatore della coerenza costituzionale che collega risorse economico-finanziarie, responsabilità politica e programmazione e attuazione delle politiche pubbliche sembra molto difficile che i Comuni possano essere messi nella condizione di sviluppare responsabilmente politiche innovative che si propongano di riannodare le ragioni di oggi con quelle di domani ed anche gli interventi della Corte costituzionale rischiano di essere considerati come una mera attività di rimozione che alimenta l'instabilità complessiva.

²⁴ ANCI, UPI, Conferenza Stato-città e autonomie locali, *Appunto sintetico sugli interventi di sostegno agli enti locali in condizioni di debolezza finanziaria, anche a fronte della sentenza Corte cost. 80/2021*, 12 maggio 2021.

²⁵ Sulle proposte formulate da ANCI e UPI anche in un'ottica di collegamento con il ruolo che i Comuni dovranno svolgere nell'attuazione del PNRR C. BUZZACCHI, *Comuni e PNRR: la sfida della trasformazione del settore pubblico in uno scenario di dissesto finanziario*, in *Orizzonti del diritto pubblico*, 23 maggio 2021.

Libertà, autonomia e indipendenza. Riflessioni sul DDL costituzionale, depositato al Senato, d'introduzione dell'Avvocatura in Costituzione

LEONARDO BRUNETTI*

Sommario

1. La “*position d'ordre constitutionnel*” dell'Avvocatura. – 2. Il testo del DDL S. 1199 depositato al Senato. – 3. Le garanzie di libertà, autonomia e indipendenza dell'avvocato: da chi essere indipendente? – 4. Autonomia e libertà: una superfetazione? – 5. A mo' di conclusione: le buone ragioni della costituzionalizzazione.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

L. BRUNETTI, *Libertà, autonomia e indipendenza. Riflessioni sul DDL costituzionale, depositato al Senato, d'introduzione dell'Avvocatura in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università cattolica del Sacro Cuore, Milano; docente di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze; avvocato del Foro di Bologna. Indirizzo mail: leonardo.brunetti@unifi.it.

1. La “*position d'ordre constitutionnel*” dell'Avvocatura

Accanto all'autonomia e all'indipendenza della Magistratura, espressamente garantite dalla Costituzione repubblicana (art. 104, co. 1), il corretto svolgersi del ruolo dell'Avvocatura, per il miglior esplicarsi della sua funzione - non esplicitamente riconosciuta, invece, in Costituzione - rappresenta un corollario indispensabile e necessario del cd. “giusto processo”, o, più in generale, del corretto funzionamento della Giustizia. Esso è, quindi, un momento fondamentale dell'esercizio della funzione giurisdizionale stessa, alla quale contribuisce col suo imprescindibile apporto.

Più volte, nei suoi scritti, Piero Calamandrei utilizza il termine “complementari” in riferimento all'Avvocatura e alla Magistratura - “complementari di un'unica funzione”: è questa una delle frasi più citate (e spesso abusate) del giurista fiorentino -, intendendo non solo affermare che esse contribuiscono sinergicamente alla medesima funzione giurisdizionale, ma altresì che l'una e l'altra, paragonate insieme ai “colori complementari [che] meglio brillano nel ravvicinamento”¹, non possono risplendere se non accostate. L'Avvocatura e la Magistratura, insomma, - per Calamandrei - si conferirebbero, vicendevolmente, una maggiore luminosità, contribuendo alla reciproca, migliore definizione.

Ancora Calamandrei invoca, per l'Avvocatura, il pieno riconoscimento di una “*position d'ordre constitutionnel*” in quello scritto formidabile che è *Le rôle des avocats dans le monde*, il quale raccoglie il suo intervento al XVI Congresso dell'Unione internazionale degli avvocati, svoltosi a Parigi, nel luglio del 1956.

Posizione di ordine costituzionale che, in breve, va riconosciuta all'avvocato perché nel nostro ordinamento, improntato alla difesa tecnica, i cittadini affidano (rectius: devono affidare) ai propri avvocati la difesa in giudizio: art. 24 Cost.

Ecco, allora, chiarito in cosa consista la complementarità di giudici e avvocati: così come - da un lato - i cittadini affidano l'accertamento e la tutela dei propri diritti al magistrato (ciò che chiamerei “garanzia”), così - dall'altro - essi affidano, fiduciosamente, il loro stesso diritto alla difesa, per l'affermazione e il riconoscimento processuale di quei medesimi diritti, all'avvocato (ciò che definirei “tutela”).

Ma scendendo appena un poco più in profondità, la ragione per cui ritengo sia corretto costituzionalizzare il ruolo e la funzione dell'avvocato è da ravvisare nel fatto che, in sintesi, non esiste - di più: non può esistere - un corretto esercizio della

¹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* alla 2^a ed. dell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1938, ora col titolo *Giudici e avvocati*, in ID., *Opere giuridiche*, II, *Magistratura, Avvocatura, studi e insegnamento del diritto*, Roma TrE-Press, Roma, 2019, p. 391.

funzione giurisdizionale se non viene garantito, al contempo, il corretto esplicarsi della funzione dell'Avvocatura, cioè della difesa nel processo.

All'avvocato, infatti, non può non essere riconosciuto uno statuto costituzionale che gli garantisca, oggi come in futuro, la possibilità di svolgere in scienza e coscienza, liberamente, la sua fondamentale funzione di tutela dei diritti della parte, che egli svolge nell'irrinunciabile interesse della giustizia stessa².

L'intento, quindi, di costituzionalizzare l'Avvocatura è, di per sé, lodevole e pienamente condivisibile³, anche se - come subito dirò - del DDL costituzionale attualmente al Senato si può dare un giudizio, a mio avviso, solo in parte positivo.

2. Il testo del DDL S. 1199 depositato al Senato

Venendo, allora, all'argomento del mio intervento, mi pare, innanzitutto, necessario dare uno sguardo al testo dell'emendamento proposto⁴.

Esso vorrebbe inserire il riferimento agli avvocati all'art. 111 Cost., introducendo due nuovi commi subito dopo il richiamo al giusto processo (co. 1) e al principio del contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo ed imparziale (co. 2), in quelli che diverrebbero, quindi, i co. 3 e 4 della parte - per così dire - a contenuto generale dell'articolo (che precede i commi espressamente dedicati al solo processo penale).

Il testo del DDL S. 1199 è il seguente: “3. *Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. L'avvocato ha la funzione di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il diritto inviolabile alla difesa. In casi tassativamente previsti dalla legge è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale* [essendo l'avvocato investito, più sopra, della funzione di garanzia dell'effettiva tutela del diritto alla difesa: ndr.]. 4. *L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza*”.

Non mi soffermo sulla prima parte dell'emendamento (co. 3); noto soltanto, che il richiamo ivi alla funzione dell'avvocato di garantire, da un lato, “l'effettività della tutela dei diritti”, dall'altro, “il diritto inviolabile alla difesa”, oltre ad

² Per utili approfondimenti sull'indispensabile ruolo dell'avvocato nella dinamica processuale, il cui *officium* è posto al servizio della giustizia sin dal diritto romano, cfr. A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

³ In senso favorevole alla sua costituzionalizzazione, si è espresso anche il Primo Presidente emerito della Corte di cassazione, Giovanni Canzio, in una intervista del 03 gennaio 2021, pubblicata sulla rivista on-line *Il dubbio*.

⁴ L'iniziativa è, tra gli altri, del senatore Stefano Patuanelli del Movimento 5 stelle, già Ministro dello sviluppo economico del governo Conte e, attualmente, Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali del governo Draghi.

apparire appropriata, rinvia implicitamente - ma con una formulazione letterale tale da rendere il richiamo pressoché esplicito - al disposto dell'art. 24, cit., che garantisce la difesa come “diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo” (art. 24, co. 2, Cost.).

È interessante osservare che mentre garante dei diritti è, ovviamente, il giudice (questo il senso di quella “giustizia” che, in base alla Costituzione, i magistrati ordinari “amministrano”, essendo loro affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale, *ex artt.* 101 e 102 Cost.), l'art. 111 revisionato investirebbe, invece, l'avvocato - nientemeno - che della funzione di “garante” della effettiva tutela di quei diritti, nonché dell'inviolabilità (*rectius*: della non violazione) del diritto alla difesa nel processo.

Il nuovo co. 3 dell'art. 111 sembrerebbe, quindi, rappresentare - per un verso - il pieno riconoscimento formale dell'imprescindibile ruolo costituzionale dell'avvocato nella tutela dei diritti dei cittadini, e - per altro verso - lo svolgimento, in termini espressi, di quanto già contenuto *in nuce* nell'art. 24.

Mi soffermerò, invece, sul secondo dei due commi che il disegno si propone d'inserire (all'art. 111), sancendo il principio per cui, nella propria attività “professionale”, vada assicurata all'avvocato la sua - naturale - “posizione di libera, autonomia e indipendenza”.

Il fatto che l'attività dell'avvocato sia (*rectius*: debba essere) svolta professionalmente, a miglior tutela dei diritti dell'assistito, non mi pare particolarmente degno di nota.

Vero è che l'articolo, qualora revisionato così come ne viene proposto l'emendamento, sarebbe idoneo a costituire il fondamento costituzionale espresso - che non mi parrebbe, però, indispensabile, non essendone certo in discussione la legittimità costituzionale - tanto delle attuali prescrizioni in materia di esercizio continuativo della professione forense e di aggiornamento professionale costante, attraverso l'assolvimento dell'obbligo formativo degli avvocati⁵, quanto della funzione disciplinare, oggi, normativamente affidata ai Consigli distrettuali di disciplina: organi disciplinari previsti dalla Legge Professionale⁶ (in particolare, all'art. 50).

Il che, di per sé, già renderebbe la revisione costituzionale proposta - se non propriamente necessaria - quantomeno utile.

⁵ Previsto dal DM 25 febbraio 2016, n. 47, attuativo dell'art. 21 L. 31 dicembre 2012, n. 247 (“*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*”): d'ora in poi “Legge Professionale” o “LP”.

⁶ Cfr. la nota precedente.

3. Le garanzie di libertà, autonomia e indipendenza dell'avvocato: da chi essere indipendente?

Ciò che - a mio avviso - maggiormente colpisce della proposta formulazione del nuovo co. 4 dell'art. 111 Cost è, però, la scelta dei sostantivi che si vorrebbero affiancare a (la posizione nell'esercizio dell'attività de) l'avvocato in Costituzione: "libertà", "autonomia" e "indipendenza".

Partiamo da quest'ultimo: indipendenza⁷. Il termine evoca immediatamente l'aggettivo utilizzato dal Costituente all'art. 104 Cost., in riferimento alla Magistratura, che viene definita un "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere", laddove il concetto di indipendenza è da intendersi, innanzitutto, come sottrazione da ogni forma di dipendenza dal potere esecutivo⁸.

È, però, evidente che l'indipendenza della Magistratura sia qualcosa di sostanzialmente diverso dall'indipendenza dell'Avvocatura (*rectius*: dell'avvocato), la quale, non rappresentando un "potere" dello Stato al pari della prima, va garantita in modo ancor più penetrante, anche nei confronti della Magistratura stessa, oltre che del Governo.

Ora, la prima considerazione di carattere generale che credo debba farsi è che se il termine "indipendenza" può essere declinato in una pluralità di accezioni (es. indipendenza di uno Stato; di giudizio; emancipazione economica; ecc.), esso, in riferimento alla Magistratura, viene chiarito e quasi illuminato nel suo significato dall'accostamento al termine "autonomia" – tanto che per lungo tempo la Corte costituzionale li ha, infatti, interpretati come una vera e propria endiadi –; in modo simile, una volta che accanto ai termini "indipendenza" e "autonomia" se ne affianchi un terzo, cioè "libertà", anche il significato dei primi due non può che variare, o meglio venire ridefinito nel suo spettro, ben potendosi - a mio avviso - riferire ad essi la veduta osservazione di Calamandrei sulla complementarietà dei colori, che meglio farebbe brillare i distinti concetti nel loro accostamento.

Al fine della migliore interpretazione delle norme che si vorrebbero introdurre all'art 111, si deve, quindi, non soltanto analizzare ciascun singolo termine, ma calarlo poi nel suo contesto, affiancandolo agli altri - anch'essi esaminati prima singolarmente, poi contestualizzati - per ottenere una più completa comprensione dei termini stessi e della norma in cui essi ricorrono.

Ora, l'indipendenza è un attributo riconosciuto, in passato, al sovrano e, negli ordinamenti moderni, tanto alla Stato *tout court*, quanto ai suoi organi costituzionali. L'indipendenza garantita in Costituzione alla Magistratura

⁷ Per una introduzione al tema, cfr. R. DANOVI, *L'indipendenza dell'avvocato*, Giuffrè, Milano, 1990; nonché, ID., *L'immagine dell'avvocato e il suo riflesso*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. 28 giugno 1973, n. 142, in particolare il punto 4 del *Considerato in diritto*.

discende, quindi, in certa misura, dalla natura sovrana, non certo dell'ordine che essa soggettivamente rappresenta, bensì del potere da essa funzionalmente esercitato (quello giurisdizionale), il cui titolare è - in ultima istanza - il popolo sovrano: la giustizia è, infatti, soltanto "amministrata in nome del popolo" dalla Magistratura (art. 101, co. 1, Cost.).

Come ricorda Sergio Bartole⁹, l'indipendenza si può, poi, classificare in "funzionale" (o "interna"), che - nella sostanza - è rimessa all'integrità della coscienza del singolo magistrato, ed "istituzionale" (o "esterna"), che riguarda, invece, l'organizzazione della Magistratura *tout court*. Quest'ultima è preordinata al fine di assicurare la prima, ed è strettamente connessa al principio di assenza di direttive o di istruzioni per l'esercizio delle attribuzioni proprie di ciascun giudice, con particolare riferimento all'interpretazione della legge.

La declinazione del concetto di "indipendenza" in senso "funzionale" e "istituzionale" contiene - *in nuce* - già tutta la tensione tra i termini "indipendenza" e "autonomia", interpretati non più come una endiadi, ma come oggetto, anzi terreno di una possibile contrapposizione.

Indipendenza e autonomia, insomma, possono contrapporsi quando siano riferiti, ora al singolo, ora all'ordine di appartenenza, o meglio, quando si contrapponga il singolo all'ordine a cui appartiene.

È, infatti, evidente che se l'indipendenza dagli altri poteri è preordinata - in ultima istanza - a quella funzionale, si potrà, similmente, affermare che l'indipendenza istituzionale sia funzionale all'autonomia del singolo membro entro il proprio ordine: in altri termini, si dovrà riconoscere una priorità, in un certo senso logica, alla libertà del singolo magistrato, ovviamente nel rispetto della legge, alla quale ciascuno - al pari dell'intero ordine - è soggetto.

È opportuno ricordare che, per il nostro ordinamento costituzionale - in particolare, in base all'art. 102 - "La funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari", le cui nomine, ai sensi dell'art. 106, co. 1, "hanno luogo per concorso": i magistrati, infatti, non sono né eletti dal popolo né nominati da altri organi (o poteri), derivando, invece, l'esercizio della funzione giurisdizionale, essenzialmente, dalla Costituzione, ed essendo anche l'accesso alla Magistratura - cioè l'assunzione del magistrato vincitore di concorso - una competenza del CSM (art. 105 Cost.), quale organo di autogoverno della categoria.

Da ciò derivano due considerazioni: in primo luogo, ciascun magistrato, già a livello personale ed *uti singuli*, prima ancora di essere considerato come parte integrante di un ordine (il quale è pur sempre *ordo personarum*), deve usufruire delle garanzie costituzionali d'indipendenza e di autonomia.

⁹ Alla voce *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana-Treccani, Roma, 1989.

In secondo luogo, si può affermare - in estrema sintesi e con tutta l'approssimazione che ciò comporta - che la funzione svolta dalla Magistratura, o meglio dai singoli magistrati, derivi dalla Costituzione, e vi sia tra il magistrato e la Legge fondamentale un rapporto, in certo modo, diretto.

In tal senso, se la revisione dell'art. 111 Cost. andasse a buon fine, qualcosa di simile si potrebbe dire, *mutata mutandis*, dell'Avvocatura, o meglio degli avvocati: l'indipendenza della loro funzione deriverebbe, e sarebbe garantita, direttamente dalla Carta costituzionale. Di più: essa verrebbe individuata, dalla Costituzione, come un elemento imprescindibile del giusto processo, a garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini e per la concretizzazione del loro fondamentale diritto di difesa.

Del resto, osservava già Calamandrei che “solo là dove gli avvocati sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali”¹⁰.

Resta, però, il fatto che - nella sostanza - appare difficilmente sostenibile che la qualità dell'indipendenza dell'Avvocatura non sia altra e diversa da quella della Magistratura, la quale - come abbiamo visto - deriva dalla sovranità stessa.

Ciò che, però, avvicinerrebbe le due accezioni del termine (o meglio, declinazioni del concetto) sarebbe l'assenza di “soggezione”: in altre parole, così come il magistrato è soggetto soltanto alla legge, l'avvocato verrebbe riconosciuto soggetto - nell'esercizio della sua funzione di garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali - solo all'ordinamento, cioè alla Costituzione e alle norme di legge e deontologiche: in breve, allo Stato-ordinamento in senso oggettivo.

Permane, cioè, nel termine “indipendenza”, anche se riferito all'Avvocatura, un senso di assenza di subordinazione, in senso soggettivo, ai poteri (od organi) dello Stato: in breve, al governo o alla pubblica amministrazione.

Ecco la ragione per cui, a mio modesto avviso, sarebbe opportuno aggiungere al testo dell'emendamento proposto, un riferimento al “decoro della professione”, che - ancora oggi - è lo strumento con cui gli Ordini professionali tutelano, ad esempio, gli iscritti dalla pubblicazione e diffusione di bandi di gara da parte della p.a., in cui si pretende di richiedere loro l'erogazione di prestazioni a suo favore in deroga ai (*id est* al di sotto dei) minimi compensi calcolati in base ai parametri ministeriali: ciò che, evidentemente, lede il decoro stesso della professione.

Ancora di più, l'assenza di qualsiasi riferimento a tale concetto (“decoro professionale”), menzionato tanto agli artt. 3, 29 e 35 Legge Professionale (L. n. 247/2012, cit.), quanto all'art. 9 Codice deontologico forense¹¹, potrebbe,

¹⁰ P. CALAMANDREI, *Giudici e avvocati*, cit., p. 392.

¹¹ Il testo del cit. art. 9 è il seguente: “Doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza. 1. L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza. 2. L'avvocato,

addirittura, portare alla conseguenza - forse non oggi e nemmeno domani, ma in un futuro certamente possibile - che venga contestata, ad esempio, la legittimità costituzionale stessa della fissazione con decreto ministeriale delle tabelle dei compensi professionali: ciò che, con ragionevole probabilità, non avrebbe la conseguenza positiva di favorire la concorrenza, elevando il livello e la qualità delle prestazioni legali, ma più semplicemente quella di favorire i contraenti c.d. forti (come, ad esempio, banche e assicurazioni) in grado di imporre un abbassamento generalizzato dei prezzi per le prestazioni da loro richieste.

In sintesi, credo si possa affermare che la garanzia della “indipendenza” dell'avvocato che si vuole introdurre in Costituzione, significhi una positiva, maggior tutela nell'esercizio della sua funzione, in assenza di costrizioni, cioè in piena scienza e coscienza, appunto con indipendenza di giudizio e senza soggezione di, o - peggio - ad alcuna autorità.

Per comprendere quanto ciò sia importante, anzi fondamentale per il corretto esercizio della professione forense, basti pensare alle recenti, drammatiche vicende dell'avvocato curdo per i diritti umani Ebru Timtik che, accusata di terrorismo e condannata in Turchia a 13 anni e mezzo di reclusione, fu dapprima scarcerata, da parte di un primo giudice - poi destituito -, venendo, però, poi confermata la condanna, da parte di un secondo e diverso giudice¹².

È evidente che, nel suo drammatico caso - dall'esito purtroppo tragico¹³ -, proprio l'autorità pubblica è stata la principale nemica della legittima aspirazione a vedersi garantita l'indipendenza nell'esercizio libero della propria professione: autorità che ha voluto colpire lei per colpire i diritti umani delle persone da lei, coraggiosamente, difese.

4. Autonomia e libertà: una superfetazione?

Veniamo, allora, ai termini “libertà” e “autonomia”, o meglio, al contestuale utilizzo di entrambi (nel DDL) in riferimento all'avvocato. La prima impressione - come subito dirò, errata - che potrebbe trarre chi ricordi la lezione kantiana, o le giovanili letture di Rousseau, o quelle più impegnative di Hegel, è di un'inutile

anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense.”

¹² Voglio ricordare - appartenendo al suo stesso Foro - anche la collega bolognese Barbara Spinelli, impegnata in una missione di monitoraggio sul rispetto dei diritti umani e del diritto alla difesa in Turchia, trattenuta per una notte e poi respinta dalle autorità turche.

¹³ Come noto, l'avv. Ebru Timtik è deceduta a causa del lungo digiuno, dopo ben 238 giorni di sciopero della fame, per ottenere un processo equo.

ridondanza, una sorta di pleonasma, tale da apparire come una vera e propria superfetazione del medesimo concetto.

Come ben scrive Mauro Barberis, infatti, “Il più importante formulatore settecentesco della concezione della libertà come autonomia, colui che [...] ne determinò la fortuna nell’area tedesca [principalmente in Kant, Hegel e Marx: ndr.], fu certamente Rousseau”, per il quale “la libertà non è altro che ‘l’obbedienza alla legge che ci siamo prescritti’: obbedendo alla legge cui ho consentito, non obbedisco ad altri che a me stesso e sono quindi libero”¹⁴.

I giuristi, più spesso, riconducono questa idea di libertà come autonomia a Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu (o, più semplicemente, Montesquieu), il quale affermava, ne *De l’esprit des lois* (1748), che “La libertà è - appunto - il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono”¹⁵. La misura della nostra libertà è, quindi, la legge, e la soggezione ad essa diviene la libertà stessa.

Autonomia e libertà sono, in tal senso, certamente sinonimi. Ciononostante, ritengo si possa dimostrare l’assoluta appropriatezza della terminologia utilizzata dal DDL.

Questo in ragione del fatto che, innanzitutto, l’avvocato non è soggetto “soltanto alla legge” - come la Costituzione afferma del magistrato -, ma anche al potere normativo (e quindi disciplinare) degli Ordini professionali di appartenenza. “Autonomia” e “libertà”, quindi, in questo caso non coincidono, in quanto l’autonomia degli Ordini diviene, fatalmente, una fonte eteronoma per il singolo.

Anche, ammesso, quindi - come già mi pare discutibile -, che la legge sia una fonte di autonomia, e non di eteronomia, lo stesso si dovrebbe ripetere della deontologia che, tra le altre cose, costituisce anche la base dell’attività sanzionatoria degli organi di disciplina e del Consiglio nazionale forense (CNF).

In altre parole, poiché il singolo avvocato è tenuto ad iscriversi a un ordine professionale per esercitare la propria professione - tal essendo l’evidente, anche se del tutto legittima eccezione alla sua libertà negativa di associazione: art. 18 Cost.¹⁶ -, è innegabile che la sua autonomia venga limitata dalla sottoposizione alle norme, in particolare di natura deontologica, che ne disciplinano la professione (o, più propriamente, il corretto esercizio), le quali, soltanto con una evidente

¹⁴ In M. BARBERIS, *Libertà*, il Mulino, Bologna, 1999, cap. IV, par. 1, dal titolo *La libertà come autonomia*, in particolare p. 90; ma cfr., anche, ID., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, in particolare il cap. III.

¹⁵ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748, cap. XI, par. 3.

¹⁶ Ciò, come noto, in ragione del bilanciamento del diritto di associazione con altri interessi o diritti costituzionali.

finzione, possono dirsi da lui condivise. Autonomia e libertà sono, perciò, termini che - nel caso specifico - possono essere o ritenersi in contrapposizione.

Si dirà che gli organi elettivi degli Ordini professionali sono rappresentativi degli iscritti, e così quelli del CNF. In primo luogo, però, resta il fatto che il singolo avvocato non è libero, ma deve iscriversi al proprio Ordine se intende esercitare la professione legale.

In secondo luogo, poi, l'attuale legge professionale prevede, per l'elezione del CNF, un sistema che è solo indirettamente rappresentativo, essendo i membri del CNF eletti dai consigli dei singoli Ordini¹⁷.

Ma ammettiamo, anche, che la deontologia sia una fonte autonoma e non eteronoma.

Il punto centrale resta, comunque, un altro. Come ci ricorda, infatti, Giuliano Amato¹⁸, la libertà è “un valore, non quindi un istituto giuridico; [...] non è possibile parlarne in modo significativo senza considerare l'aspetto dei poteri capaci di restringerla o di tutelarla”¹⁹.

Se così è, e mi pare che sia esattamente così, tra i poteri capaci di restringere o tutelare la libertà del singolo avvocato si può annoverare non soltanto il Governo (si pensi al fatto che, ad esempio, è il Ministro della giustizia ad adottare, oggi, i parametri in base ai quali si calcolano i compensi degli avvocati o, ieri, le tariffe dei loro onorari), o la Magistratura (tanto per restare all'esempio fatto, sono i magistrati non solo a condannare le parti alle spese di lite, ma anche a disporre la misura dei compensi dei legali, in tali casi), ma anche gli Ordini, che se, da un lato, certamente tutelano la libertà degli iscritti, attraverso l'autonomia che verrebbe, ora, garantita loro costituzionalmente, dall'altro, potrebbero - in ipotesi -, qualora abusassero di quella stessa autonomia, divenire un elemento d'oppressione della libertà del singolo avvocato: ciò che sarebbe inammissibile in qualunque ordinamento democratico.

Parzialmente differente è il ragionamento se si guarda, invece, alla Magistratura, per la quale il Costituente ha operato una scelta, anche stilisticamente, diversa.

Il termine “libertà”, infatti, risulta inappropriato in riferimento a un “ordine” (art. 104 Cost.) che rappresenta uno dei “poteri” dello Stato, anzi una “autorità” -

¹⁷ Art. 34, co. 4, LP: “A ciascun consiglio [dell'ordine: ndr.] spetta un voto per ogni cento iscritti o frazione di cento, fino a duecento iscritti; un voto per ogni successivi trecento iscritti, da duecentouno fino ad ottocento iscritti; un voto per ogni successivi seicento iscritti, da ottocentouno fino a duemila iscritti; un voto per ogni successivi mille iscritti, da duemilauno a diecimila iscritti; un voto per ogni successivi tremila iscritti, al di sopra dei diecimila”.

¹⁸ Cfr. G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.

¹⁹ *Ivi*, p. 277.

quella giurisdizionale -: con tutta evidenza, l'opposto concettuale della libertà. Si aggiunga che, nel disegno dello Stato di diritto invernatosi nella Costituzione italiana, la Magistratura è espressamente subordinata (*recte*: "soggetta") soltanto alla legge, *ex art.* 101, co. 2, Cost. Giustamente, non si è, perciò, ritenuto né opportuno né necessario garantire - espressamente - la "libertà" del singolo magistrato, quando se n'era già affermata l'autonomia in quanto membro di un ordine indipendente²⁰.

5. A mo' di conclusione: le buone ragioni della costituzionalizzazione

Vi è, poi, un'altra ragione che milita - di per sé - a favore dell'introduzione dell'Avvocatura in Costituzione, come anche dello specifico DDL in esame: il riferimento al ruolo dell'avvocato all'art. 111 Cost. varrebbe a smentire, definitivamente, l'assunto, in passato, pur autorevolmente sostenuto, ma non del

²⁰ È, però, assai interessante ricostruire la vicenda che ha riguardato il "codice deontologico" della Magistratura, che l'art. 58 *bis*, co. 4, D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, prevedeva fosse adottato (anche per l'Avvocatura di Stato) dagli "organi delle associazioni di categoria", entro centoventi giorni dall'entrata in vigore del decreto (intervenuta il 13 maggio 1994). Il codice *de quo* avrebbe dovuto essere sottoposto "all'adesione degli appartenenti alla magistratura", ovvero "decorso inutilmente detto termine, [essere] adottato dall'organo di autogoverno", cioè il CSM. L'Associazione Nazionale Magistrati (ANM), pur ritenendo - condivisibilmente - che la norma fosse di dubbia legittimità costituzionale, tanto per l'eccesso di delega quanto per violazione della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, ha tempestivamente adottato il codice etico, approvato dal Comitato direttivo centrale dell'ANM il 7 maggio 1994. Il codice etico è stato, poi, trasmesso al CSM il 19 maggio 1994, il quale, con delibera del 12 luglio 1994, ha affermato, data anche l'alta rappresentatività dell'ANM, essere irrilevante rispetto alla sottoposizione del codice ai magistrati non iscritti all'ANM, al fine di raccoglierne l'adesione al codice, il fatto che l'ANM non raccolta, appunto, tutti i magistrati italiani. Come si legge anche sul sito ufficiale del CSM, "il Consiglio stabilisce che gli obblighi normativamente imposti dal menzionato decreto legislativo sono stati rispettati attraverso l'azione dell'ANM, ragione per cui non è necessario alcun intervento dell'organo di governo autonomo (intervento che, nell'impianto legislativo, ha natura meramente sussidiaria e sostitutiva per il caso di inerzia dell'Associazione nazionale magistrati). Natura e contenuto del Codice etico. In estrema sintesi, si tratta di una *summa* di regole etiche cui deve ispirarsi il comportamento dei magistrati, regole il cui minimo comune denominatore è costituito dai valori 'moralì' fondamentali e condivisi che devono guidare la funzione giudiziaria. Il Codice etico, cioè, raccoglie le norme di condotta generalmente accettate, per come emergono nell'attività professionale quotidiana". Sul punto, cfr., tra gli altri, le pertinenti osservazioni di N. ROSSI, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare*, in *Questione giustizia*, 4, 2018; ma cfr., anche, R. SABATO, *I magistrati*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, consultabile, anche, in *Astrid-online*.

tutto condivisibile, che la figura del difensore sia una “creazione tipica del processo”²¹ e non abbia, invece, una sua consistenza - per così dire, una dimensione - chiaramente costituzionale e, perciò, sostanziale.

È, certamente, vero che la “difesa”, in senso stretto, - e, quindi, in tal senso, il ruolo del difensore - si svolga, naturalmente, già *ex art. 24 Cost.*, nel processo: ogni avvocato, proprio per tale motivo, distingue - ad esempio - nella procura alla lite, l'assistenza dalla rappresentanza e difesa; ciononostante, lo statuto del difensore esiste, e va riconosciuto, ben prima del processo.

I diritti del suo assistito, infatti, possono essere pregiudicati anche prima del processo: ad esempio, tutte le volte in cui, in presenza di istituti di mediazione obbligatoria previsti anche nel nostro ordinamento, l'assistito possa disporre del proprio diritto all'azione (e, in tal modo, alla difesa processuale), disponendo del diritto sostanziale stesso, e pregiudicando così l'azione giurisdizionale, senza - in ipotesi - aver rinunciato ad essa espressamente.

Vorrei, allora, concludere con le parole, pienamente condivisibili, di Calamandrei, il quale osservava (ancora ne *Le rôle des avocats dans le monde*, cit.) che “*l'avocat doit être quelque chose de plus [que la bouche de la loi: ndr.]: non seulement la voix, mais le cœur, la conscience, l'âme de la loi*”, cioè appunto non soltanto la voce del ricorrente, dell'imputato, della parte processuale, ma anche il cuore, la coscienza e l'anima della legge stessa, di cui egli deve portare lo spirito nel processo (e, a volte, sopportare il fardello ben oltre il processo).

L'avvocato, insomma, deve non solo perseguire l'interesse del suo assistito, ma anche - in un certo senso - patire dell'irriducibile iato, che meglio di ogni altro avverte, tra l'anelito ad una vera Giustizia, raramente, per non dire mai raggiungibile nello spazio del processo, che - per quanto si sforzi di essere il più possibile giusto - pone sempre limiti troppo angusti alla ricerca della Verità, e la giustizia umana, fondata su quella che - non a caso - i giuristi definiscono la verità meramente “processuale”.

²¹ Così F. MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore. I) Ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Istituto della Enciclopedia Italiana-Treccani, Roma, 1988, p. 2: il riferimento è, però, al pensiero di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Vallardi, Milano, 1959, pp. 276 ss.

La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce *impasse* e squilibri*

ARIANNA CARMINATI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 240 del 22 ottobre 2020.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2020/0240s-20.html.

Sommario: 1. Premessa. Tendenze centralistiche nel segno della leale collaborazione. – 2. Dal riparto costituzionale delle competenze alla copianificazione in materia paesaggistica secondo il Codice dei beni culturali. – 3. Un confronto interistituzionale prolungato, discontinuo, e incerto alle origini del conflitto tra lo Stato e la Regione Lazio. – 4. La Corte sanziona l'autonoma iniziativa del Consiglio regionale annullando l'intero piano paesaggistico. – 5. Democratizzare le procedure della leale collaborazione fra Enti (anche) per renderle più efficienti?

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

A. CARMINATI, *La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce *impasse* e *squilibri**, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo destinato alla pubblicazione in *le Regioni*.

** Ricercatrice in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Brescia. Indirizzo mail: arianna.carminati@unibs.it.

1. Premessa. Tendenze centralistiche nel segno della leale collaborazione

La sentenza n. 240 del 2020 con la quale la Corte costituzionale ha risolto in favore dello Stato un conflitto di attribuzioni con la Regione Lazio in materia di pianificazione paesaggistica è l'ultima di una serie di decisioni, maturate a partire dalla riforma del Titolo V, tendenzialmente orientate ad avallare e, per certi versi, a rafforzare la politica di accentramento dei poteri relativi alla cura del paesaggio che da allora ha preso piede a discapito delle autonomie regionali e locali. Questo moto centripeto si è basato, oltre che sul riparto costituzionale delle competenze, anche sul principio di leale collaborazione. Si tratterebbe, a rigore, di un criterio "equidistante" di composizione degli interessi¹ e diretto a realizzare il migliore equilibrio tra le istanze unitarie e quelle delle comunità territoriali, ma che ha finito per produrre – in questo e in altri ambiti – effetti vantaggiosi specialmente per le istituzioni centrali di governo². Così, per stare al caso in esame, in virtù del principio di leale collaborazione la Corte riconosce allo Stato il potere di inserirsi nei procedimenti regionali di pianificazione paesaggistica e di determinarne sostanzialmente l'esito. La sentenza in commento asseconda tale dinamica e ne estende il campo di applicazione fino ormai a ricomprendere, come si dirà, tutti gli aspetti dell'amministrazione del paesaggio.

¹ Sulla natura necessariamente paritaria della collaborazione fra gli Enti in quanto funzionale all'assetto delle autonomie ridefinito nel 2001 v. L. TORCHIA, "Concorrenza" fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 4, 2002, p. 650.

² Parla di «collaborazione coercitiva» imposta dallo Stato alle Regioni S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti Regionali*, 3, 2020, pp. 308 ss., complice la stessa Corte costituzionale «che ha collocato la leale collaborazione in una posizione complicata: essa è stata l'accessorio per spostare la potestà legislativa, ma insufficiente a determinare un esercizio delle funzioni amministrative efficienti». Sul carattere sostanzialmente unilaterale di certe forme di collaborazione in materia di finanza pubblica nelle quali le Regioni sono coinvolte limitatamente «all'individuazione dei «modi» (del *quomodo*) con cui obbedire a decisioni statali» cfr. F. GUELLA, «Accordi» imposti unilateralmente e «transitorietà» rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue, in *Le Regioni*, 5, 2018, p. 1031. La circostanza che questo principio sia stato declinato nella giurisprudenza costituzionale a vantaggio del livello statale è rilevata anche da Q. CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come istituzioni parimenti repubblicane. Dai livelli di governo agli anelli istituzionali*, in *Le Regioni*, 1, 2016, p. 90.

2. Dal riparto costituzionale delle competenze alla copianificazione in materia paesaggistica secondo il Codice dei beni culturali

Per tracciare il confine tra le funzioni normative statali e regionali in materia di cura del paesaggio, la dottrina si era interrogata, all'indomani della riforma del Titolo V, sul significato da attribuire alla distinzione tra *tutela* e *valorizzazione* dei beni culturali – assegnati rispettivamente (*ex art. 117 comma 2 lett. s*), Cost. e art. 117 comma 3, Cost.) alla competenza legislativa esclusiva statale e a quella concorrente Stato-Regioni – e si era altresì posta il problema della allocazione, nella stessa materia, delle funzioni amministrative secondo i principi generali di sussidiarietà, differenziazione, e adeguatezza (art. 118 comma 1, Cost.), e in forza dell'esplicito invito rivolto al legislatore statale (art. 118 comma 3, Cost.) di prevedere forme di intesa e coordinamento fra Stato e Regioni per la tutela dei beni culturali³. Su entrambi i fronti, accanto alla distribuzione delle competenze, il principio di leale collaborazione è parso coesistente per poter dipanare una matassa divenuta sempre più intricata, sia con riguardo agli oggetti sia con riguardo ai tipi di intervento rilevanti⁴.

³ V. in proposito A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V. Il caso dei beni culturali*, in *Federalismi.it*, 8, 2003, pp. 1 ss.; G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni)*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2009, pp. 78 ss.; M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. CORSO, E. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 317 ss.

⁴ Cfr. M. PELLINGRA, *Il principio di «leale cooperazione» tra Stato, Regioni ed Enti locali nella tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2010, pp. 1365 ss. In generale, sul principio di leale collaborazione come criterio usato nella giurisprudenza costituzionale per mitigare il riparto delle competenze fra Stato e Regioni e promuovere soluzioni condivise, si v., da ultimo, R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano-Padova, 2018; A. PAIANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle conferenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, pp. 227 ss.

Infatti, avendo accolto una nozione giuridica allargata di paesaggio⁵ – che, in linea con la Convenzione europea sul paesaggio⁶, non attiene più alle sole “bellezze naturali”, da conservare e salvaguardare, ma che si estende a tutto il territorio e dunque alla regolazione di ogni evento umano destinato ad incidere su esso⁷ – ne è disceso un «inevitabile rimescolamento delle separazioni, degli strumenti e delle gerarchie fra gli interessi, che abbandonano poco convincenti fissità per manifestare linee necessariamente più elastiche»⁸. Il paesaggio così inteso poggia pertanto su un sistema di intervento pubblico basato su competenze statali e regionali sempre più strettamente intrecciate, entro il quale si moltiplicano le occasioni di confronto, ma anche di conflitto o di interdizione reciproca, qualora le istituzioni che fanno capo ai diversi livelli di governo non si coordinino e non collaborino fra loro.

⁵ Sul significato della nozione costituzionale di paesaggio che si è evoluto attraverso una ridefinizione normativa (nazionale e internazionale) e giurisprudenziale, nel presupposto che il principio espresso all'art. 9 comma 2, Cost. valga come concetto aperto «definibile in ogni momento mediante materiali extracostituzionali giuridicamente rilevanti», cfr. G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio*, cit., p. 82. Fondamentale resta, in argomento, il contributo di A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Vallecchi, Firenze, 1969, pp. 391 ss. che già leggeva nell'art. 9 Cost. la necessità di assicurare una tutela globale del territorio mediante un'organizzazione in grado di garantire questa globalità.

⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000, ratificata con l. 9 gennaio 2006, n. 14. A commento si v. G.F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Il Mulino, Bologna, 2007. Secondo L. CONTI, *Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2010, la nozione di paesaggio accolta in Costituzione e quella della Convenzione di Firenze non coincidono perché la prima, avendo ad oggetto la tutela del «paesaggio come bene culturale ha bisogno di una intelligenza culturale per poter essere amministrata, di una intelligenza estranea ai giochi politici – e necessariamente politici – della pianificazione», mentre la seconda fa riferimento ad un concetto esteso di paesaggio che «è il frutto di un discorso democratico che scaturisce dal basso e che ha un senso perché collocato al livello delle autonomie locali».

⁷ R. CHIEPPA, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63*, in *Aedon*, 3, 2008; G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *Aedon*, 3, 2008, per il quale la Convenzione europea assume l'idea «che ogni parte del territorio è in grado di esprimere un paesaggio, a condizione che essa risulti connotata (*id est* identificata [...]) nella percezione della popolazione».

⁸ C. MARZUOLI, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008*, in *Aedon*, 3, 2008.

Proprio al fine di armonizzare le posizioni e di prevenire tali contrasti, sulla scorta delle indicazioni giurisprudenziali e dottrinali, il legislatore statale ha ampiamente previsto nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d'ora in poi il Codice)⁹ intense forme di collaborazione che attengono sia alla tutela specifica dei beni soggetti a vincoli paesaggistici, sia all'amministrazione e valorizzazione del paesaggio nella sua interezza¹⁰. Esse si innestano su una disciplina dichiaratamente ispirata allo scopo di mantenere in questa materia un controllo forte dello Stato, che deriva da una certa sfiducia nei confronti della capacità degli Enti territoriali di resistere alla pressione degli interessi localistici¹¹ quando questi spingano per un uso massivo del territorio fino a metterne a repentaglio i valori ambientali e paesaggistici¹².

⁹ D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, successivamente modificato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 e 157 (c.d. primo correttivo) e dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62 e 63 (c.d. secondo correttivo). Per un commentario aggiornato delle disposizioni del Codice si v. M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

¹⁰ S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, GLF Editori-Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 53 ss.

¹¹ D'altronde, più a monte, «la stessa sfiducia nelle istituzioni regionali e locali è alla base della scelta compiuta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 di riservare la materia alla potestà legislativa esclusiva statale» (G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio*, cit., p. 98).

¹² Ma sul punto, criticamente, C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2008, osserva che «Non è scritto da alcuna parte, e non in Costituzione, che lo Stato tutela più e meglio il territorio, dimensione paesaggistica compresa» e sottolinea come «il consumo e l'alterazione del territorio e del paesaggio si realizzano anche con le grandi infrastrutture». Talvolta infatti sono state le Regioni a contestare le politiche statali in difesa dei propri paesaggi. Si v. in questo senso il richiamo agli artt. 9 e 117 comma 3, Cost. fra i parametri invocati in alcuni ricorsi regionali contro il condono edilizio disposto nel 2003 dal legislatore statale (il c.d. "terzo condono edilizio" disciplinato dall'art. 32 d.l. 30 settembre 2003, n. 269). Le Regioni contestarono allo Stato di aver «scambiato» il valore costituzionale di un ordinato assetto del territorio «con valori puramente finanziari». Tuttavia, la Corte costituzionale respinse tale motivo di ricorso osservando che la primarietà del paesaggio «non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali», ma entra in bilanciamento con altri valori come «quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro» (Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2004, pp. 1930 ss. con osservazioni di R. CHIEPPA, *Prospettive per il condono edilizio*; di C. PINELLI, *Le scelte della Corte sul condono edilizio e alcune loro problematiche conseguenze*; di P. STELLA RICHTER, *Una grande occasione mancata*). Anche alla luce di tale decisione, si ha l'impressione che il giudice costituzionale sia propenso ad assecondare le politiche statali, pur quando siano poco sostenibili e impattino "dall'alto"

Quanto alla potestà legislativa, il Codice lascia in effetti spazi risicati all'autonomia del legislatore regionale che pure, come osservato, avrebbe titolo per intervenire in via concorrente a disciplinare la valorizzazione dei beni culturali oltre alla materia, confinante e spesso sovrapposta, del governo del territorio¹³. Quanto alle competenze amministrative, in linea con il filo rosso della giurisprudenza costituzionale che attribuisce valore preminente al paesaggio sugli altri interessi legati al territorio, l'ascensore della sussidiarietà è stato azionato verso l'alto collocandosi (ma nella sostanza solo formalmente, come si dirà) a livello regionale, a discapito degli Enti locali¹⁴, e comunque sempre «accompagnato dalla presenza dello Stato in relazione a tutte le funzioni amministrative in materia di paesaggio, di volta in volta nel ruolo di interprete comprimario o di possibile sostituto»¹⁵.

Questa compresenza necessaria dello Stato si è andata peraltro intensificando in occasione degli interventi correttivi al Codice del 2006 e del 2008¹⁶ che hanno

sulla “percezione sociale” dei valori paesaggistici racchiusi nei territori, mentre torni a far leva sulla primarietà del paesaggio quando sia lo Stato ad impugnare, in difesa degli stessi beni, le leggi e i provvedimenti regionali.

¹³ Sulla circostanza che la disciplina statale «parrebbe voler blindare tutte le disposizioni del Codice» come pertinenti alla tutela dei beni paesaggistici «escludendo che vi sia alcuna disciplina di dettaglio cedevole» si v. E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli di Stato e Regioni dopo la modifica al Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 63 del 2008: le competenze legislative e le funzioni amministrative in materia di paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2009, p. 123. In argomento cfr. anche S. AMOROSINO, *I poteri legislativi ed amministrativi di Stato e Regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2009, p. 150.

¹⁴ Critica l'estromissione (operata dal Codice e corroborata dalla giurisprudenza costituzionale) degli Enti locali dalla pianificazione paesaggistica che contrasta con la stretta correlazione tra governo del paesaggio e del territorio G.F. CARTEI, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2013, p. 703. Sulla “percezione sociale” del paesaggio come elemento strutturale del paesaggio stesso si v. M. SARAGONI, *Struttura del paesaggio e percezione sociale: quale rapporto nella definizione della qualità?*, in *XXXVI Incontro di Studio Ce.S.E.T.*, Firenze University Press, Firenze, 2007, pp. 223 ss.

¹⁵ E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli di Stato e Regioni*, cit., p. 127.

¹⁶ Si v. in proposito la riformulazione dell'art. 5 del Codice dovuta ai due decreti correttivi che hanno modificato il «più opaco testo del 2004» (P. CARPENTIERI, *Tutela del paesaggio: un valore di spessore nazionale*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2008, pp. 305 ss.) che in origine recitava: «Le funzioni amministrative di tutela dei beni paesaggistici sono conferite alle Regioni». In seguito alla modifica operata dal primo correttivo del 2006, la disposizione ora prevede che «Le funzioni amministrative di tutela dei beni paesaggistici sono esercitate dallo Stato e dalle Regioni», con la chiosa finale, aggiunta dal secondo correttivo del 2008, «in modo che sia sempre assicurato un livello di governo unitario ed

ridefinito i rapporti tra i due livelli di governo e, con essi, la fisionomia giuridica degli istituti previsti dalla legislazione di settore¹⁷. Da questo punto di vista la pianificazione paesaggistica, in particolare, ha subito una metamorfosi nel segno della «“consensualità obbligata”»¹⁸ che è ora necessaria – e che è stata conseguentemente sganciata dai previgenti meccanismi promozionali¹⁹ – per le parti del piano che riguardano i beni elencati all'art. 143, primo comma lett. *b)*, *c)* e *d)* del Codice, ossia le misure relative ai beni paesaggistici vincolati. La disciplina codicistica prevede inoltre che il piano ricomprenda misure di salvaguardia, utilizzo e riqualificazione di aree non sottoposte a vincolo ma dotate di valore paesaggistico anche solo potenziale. Su queste politiche non c'è un obbligo di

adeguato alle diverse finalità perseguite». La modifica del 2006 era stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale da alcune Regioni che si opponevano alla individuazione di «una parallela competenza dello Stato che si estende[ss]e a tutti gli ambiti amministrativi considerati, ben al di là dei compiti essenziali di tutela e di salvaguardia di valori, principi, criteri unitari», col rischio di «soverchiare e comunque in sostanza controllare l'attività amministrativa regionale anche in ambiti di competenza di quest'ultima» (Corte cost., 7 novembre 2007 n. 367, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2007, pp. 4075 ss., con osservazioni di D. TRAINA, *Il paesaggio come valore assoluto* e di E. FURNO, *La Corte costituzionale «salva» la cogestione in materia paesaggistica, ma non scioglie il rapporto tra Stato e regioni*). La questione era stata però dichiarata inammissibile per la genericità della prospettazione. Ma – si è osservato – molto probabilmente sarebbe stata comunque respinta nel merito dalla Corte «atteso il contrasto, insito nella tesi regionale ad essa sottesa, con il principio fondamentale della paritaria compartecipazione dello Stato e delle Regioni nella individuazione, pianificazione e gestione del paesaggio, già più volte affermato dalla Corte Costituzionale» (P. CARPENTIERI, *Tutela del paesaggio*, cit., p. 314). Per un commento alle modifiche apportate al Codice cfr. anche V. MAZZARELLI, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 63/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2008, pp. 1057 ss.

¹⁷ S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2009, 102.

¹⁸ C.P. SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche amministrazioni ed atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2012, p. 607. Critica la nuova disciplina «frutto di una concezione 'forzosa' della pianificazione congiunta costruita dal legislatore» della quale non si scorgono le insidie di carattere organizzativo e di ordine sostanziale, per la difficoltà di giungere in concreto a scelte condivise, P. MARZARO, *La 'cura' ovvero 'l'amministrazione del paesaggio': livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2008, p. 423.

¹⁹ Per un'analisi della versione originaria della parte III del Codice cfr. C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul tema degli accordi tra Stato e regioni nell'esercizio della funzione di pianificazione paesaggistica*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2008, pp. 233 ss.

intesa della Regione con lo Stato, ma i due Enti possono comunque definirle concordemente utilizzando gli stessi strumenti (l'intesa preliminare di tipo organizzativo e la stipula di un accordo sui contenuti del piano) previsti per le parti soggette a «copianificazione obbligata»²⁰.

3. Un confronto interistituzionale prolungato, discontinuo, e incerto alle origini del conflitto tra lo Stato e la Regione Lazio

Il conflitto che ha dato origine alla decisione in commento è maturato a seguito del tentativo posto in essere dalla Regione Lazio di approvare il proprio piano paesaggistico senza recepire (almeno non in toto) i risultati dell'attività di collaborazione già svolta con lo Stato. Questa attività aveva preso avvio dopo la pubblicazione del PTPR adottato in via autonoma dalla Regione nel 2007 (prima del decreto correttivo del 2008) e durava ormai da anni.

Le tappe principali della lunga trattativa fra la Regione e il MiBACT erano consistite nella firma di un Protocollo d'intesa, avvenuta nel 2013, sulla base della quale era stato istituito un Comitato tecnico congiunto nominato da entrambe le parti che aveva redatto, nel 2015, un verbale di condivisione dei contenuti del nuovo piano regionale. Successivamente tale atto era stato recepito dalla Giunta regionale in una proposta di delibera sottoposta al rispettivo Consiglio nel 2016, ma mai approvata. Nell'agosto del 2019 l'Assemblea regionale giungeva²¹ invece a deliberare il testo di un nuovo PTPR che si discostava nettamente dai contenuti del citato verbale (a quanto pare in senso peggiorativo) e si limitava di fatto ad operare alcuni ritocchi al piano del 2007.

Dopo questa iniziativa unilaterale del Consiglio, la Giunta regionale provava ad avviare una nuova interlocuzione con il Ministero che sfociava in una nota formulata dalla direzione generale del MiBACT nella quale erano specificate alcune modifiche che l'amministrazione statale chiedeva di apportare alla delibera consiliare. L'accoglimento di tali correzioni era inteso da parte del Ministero quale condizione necessaria per formalizzare l'accordo interistituzionale con la Regione prodromico, ai sensi dell'art. 143, comma 2, del Codice, all'adozione in via definitiva del piano da parte del Consiglio²². Dando seguito a tale iniziativa, la

²⁰ S. AMOROSINO, *Introduzione*, cit., p. 182.

²¹ al termine di un *iter* avviato nel gennaio dello stesso anno sulla base di una nuova proposta della Giunta, originariamente in linea con le previsioni concordate con il Ministero, ma poi ampiamente emendata dalla Commissione Urbanistica (Cfr. la seduta della Commissione Urbanistica del 2 luglio 2019).

²² L'art. 143 del Codice fa infatti rinvio all'art. 15 l. 7 agosto 1990, n. 241, ossia ad un accordo atipico fra pubbliche amministrazioni, quale presupposto del successivo provvedimento regionale di approvazione del piano.

Giunta provava a far rientrare il conflitto con lo Stato²³ avanzando in Consiglio una nuova proposta di delibera contenente le ultime indicazioni ministeriali, ma senza approdare ad alcun esito. Agli inizi di febbraio 2020 l'Assemblea regionale disponeva, invece, la pubblicazione del PTPR nel testo già approvato nell'agosto del 2019 e ne determinava, dunque, l'entrata in vigore.

4. La Corte sanziona l'autonoma iniziativa del Consiglio regionale annullando l'intero piano paesaggistico

La controversia in esame impegnava la Corte ad affrontare, nel merito, tre nodi principali.

Anzitutto si trattava di stabilire se il provvedimento consiliare impugnato fosse suscettibile (come sostenuto dalla Regione Lazio) entro la disciplina transitoria dell'art. 156 del Codice in base alla quale ciascuna Regione anche in via autonoma, senza perciò dover necessariamente interloquire con lo Stato²⁴, avrebbe dovuto procedere alla verifica e all'adeguamento dei vecchi piani paesaggistici. Tale operazione si sarebbe dovuta compiere entro il 31 dicembre 2009, pena l'intervento in via sostitutiva dello Stato. Pur essendo dunque ampiamente scaduto il termine fissato dal Codice, la Regione Lazio riteneva nondimeno impregiudicata la facoltà di emendare il PTPR del 2007 dal momento che lo Stato, a sua volta, non era mai ricorso al potere sostitutivo per provvedere in tal senso. La sentenza rigetta questa tesi ed esclude qualsiasi intervento tardivo; sul punto la Corte sottolinea inoltre come la stessa Regione, al di là di quanto affermato nelle proprie memorie difensive, avesse chiaramente inteso adottare un nuovo piano destinato a soppiantare, e non solo ad aggiornare, quello del 2007.

Un secondo punto riguardava la richiesta dello Stato di annullare l'intero piano approvato dal Consiglio regionale nell'agosto del 2019 senza recepire le misure concordate con il MiBACT e dunque, secondo il ricorrente, in violazione del principio di leale collaborazione. A propria difesa la Regione argomentava, al riguardo, di essersi discostata su aspetti solo marginali, avendo apportato modifiche limitate alla parte normativa del verbale di condivisione e «in ogni caso puntuali ed isolate» (§ 6.1 *Cons. dir.*). Riteneva inoltre che le trattative non avrebbero dovuto interessare i dettagli della materia né specificare la misura di ogni possibile intervento, mentre lo Stato e la Regione avrebbero dovuto convergere sui soli aspetti fondamentali della gestione del territorio, e cioè

²³ Il Governo aveva infatti subito sollevato ricorso davanti alla Corte costituzionale impugnando la delibera del Consiglio, ancora prima della sua pubblicazione nel BUR e della sua entrata in vigore.

²⁴ Benché il Codice promuovesse anche in questo caso un intervento condiviso con lo Stato, infatti, la Regione avrebbe potuto anche agire in via unilaterale, sia pure al prezzo di rinunciare all'applicabilità delle misure di semplificazione di cui all'art. 143, commi 4 e 5.

sull'impostazione, sui caratteri, sulle linee generali, e sulle finalità del piano paesaggistico. Diversamente, la Regione sarebbe stata svuotata «di qualsivoglia competenza [...] o politica o amministrativa» e sarebbe stata costretta ad «un passivo adeguamento [...] a disposizioni autoritative statali» (§ 2.3 *Cons. dir.*). Fatta questa premessa, ad avviso della resistente il piano approvato dal Consiglio doveva pertanto considerarsi senz'altro in linea con gli indirizzi concordati fra le parti, e del resto, al più, la Corte avrebbe potuto annullare i soli contenuti programmatici riferiti ai beni vincolati di cui all'art. 143, comma 1 lett. *b) c) e d)* sui quali il Codice impone un obbligo di definizione consensuale.

Respingendo anche questi argomenti il Supremo giudice esclude, al contrario, di poter scindere «il procedimento di pianificazione paesaggistica in subprocedimenti che vedano del tutto assente la componente statale» (§ 6.2 *Cons. dir.*) e sottolinea la necessaria unitarietà del valore della tutela paesaggistica che resta perciò affidato *in primis* alla cura dello Stato. Sulla scorta di questo ragionamento la sentenza annulla in blocco la delibera del Consiglio regionale, senza operare alcun distinguo, e il comportamento sleale tenuto dalla Regione si ripercuote sull'intero provvedimento.

Per giungere a questa conclusione la Corte fa riferimento ad una serie di decisioni aventi ad oggetto leggi regionali che, in un modo o nell'altro, avevano tentato di eludere o di mitigare la presenza dello Stato nei procedimenti di pianificazione paesaggistica. Un più attento esame di questa giurisprudenza sembra tuttavia rivelare una qualche forzatura nell'uso dei precedenti.

Da un lato, l'esigenza di assicurare una tutela unitaria al bene primario del paesaggio, grazie alla presenza “forte” dello Stato nella gestione del territorio – esigenza sulla quale qui insiste la Corte per caducare l'intero PTPR della Regione Lazio – era invero già emersa in precedenza, ma al diverso scopo di giustificare tanto l'allocazione della pianificazione paesaggistica a livello regionale, anziché in capo agli Enti locali, quanto la prevalenza del PTPR su eventuali piani sub-regionali affidati alla competenza, territorialmente circoscritta, delle autonomie locali²⁵. Dall'altro lato, occorre considerare che finora la Corte aveva mantenuta ferma, talvolta anche sottolineandola, la distinzione operata dallo stesso Codice tra la copianificazione obbligatoria – limitata ai beni elencati all'art. 143, comma 1 lett. *b) c) e d)* – e la definizione delle restanti parti del piano²⁶. Addirittura, nella

²⁵ Cfr. *ex plurimus* Corte cost., 11 luglio 2014 n. 197; Corte cost., 22 luglio 2011 n. 235; Corte cost., 23 dicembre 2008 n. 437; Corte cost., 5 maggio 2006 n. 182, con osservazione di D. TRAINA, *Note minime su pianificazione del paesaggio e governo del territorio nella legge toscana n. 1 del 2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2006, pp. 1841 ss.

²⁶ V. spec. Corte cost., 30 marzo 2018 n. 66, con osservazione di S. SPUNTARELLI, *Le Regioni alla prova della tutela del paesaggio: limiti statali e strumenti giuridici doverosi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2018, pp. 632 ss. A commento della decisione cfr. anche

sentenza n. 68 del 2018 la Corte aveva escluso di poter censurare una legge della Regione Umbria nella parte in cui essa ribadiva che l'obbligo di pianificazione congiunta era circoscritto ai soli ambiti fissati nel Codice, e optava dunque per una collaborazione minimale, sebbene altre Regioni avessero nel frattempo sviluppato «migliori pratiche amministrative» dirette alla cogestione con lo Stato anche degli interessi paesaggistici in senso lato²⁷. Quest'ultima decisione, in particolare, sembrava lasciare aperta la possibilità – già indicata in dottrina – di individuare un potere di pianificazione autonoma in capo alle Regioni, esercitabile sia mediante lo sviluppo intenzionale di «una politica (riduttiva) di salvaguardia paesaggistica (approvando un piano di sola salvaguardia e valorizzazione)», sia consentendo alla Regione di agire da sola anche una volta intrapresa la strada della pianificazione congiunta «nel caso in cui non si raggiunga il consenso di Stato e Regioni per le ipotesi di cui alle lett. b) , c), e d) dello stesso art. 143»²⁸.

Con la fattispecie decisa dalla sentenza n. 240 si poneva, invero, l'ipotesi in parte diversa della rottura unilaterale di un accordo già raggiunto fra le parti²⁹ su tutti i contenuti del piano, anche quelli soggetti a codecisione solo eventuale³⁰. Forse per questa ragione la Corte ha ritenuto in questo caso di non poter far rivivere *ex post* nemmeno quel segmento di potere di pianificazione riservato alla Regione che sarebbe in astratto enucleabile nella legislazione statale, e lo ha considerato sostanzialmente “consumato” per effetto della collaborazione già intercorsa. Giunti a questo punto delle trattative, infatti, per non violare il principio di leale collaborazione la sentenza concede alla Regione la sola via d'uscita di non adottare

A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del “giusto procedimento di pianificazione”*, in *Le Regioni*, 4, 2018, pp. 757 ss.

²⁷ Corte cost., 5 aprile 2018 n. 68. A commento della decisione v. A. LOLLO, *Aspetti problematici in tema di giudizio in via principale in una recente decisione della Corte costituzionale (nota a Corte cost., sent. 68/2018)*, in *Le Regioni*, 4, 2018, pp. 723 ss.

²⁸ P. MARZARO, *La ‘cura’ ovvero ‘l’amministrazione del paesaggio’*, cit., p. 423.

²⁹ La Corte peraltro non si “sbilancia” ed evita di qualificare il già menzionato verbale di condivisione dei contenuti del piano redatto nel 2015 dal Comitato tecnico congiunto; in particolare, non chiarisce se tale documento possa ricondursi alla categoria degli accordi atipici fra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. 7 agosto 1990, n. 241, ossia all'atto di esercizio in via consensuale dell'attività amministrativa che il Codice indica, all'art. 143, quale presupposto del successivo provvedimento regionale di approvazione del piano. Va notato che, a riguardo, la difesa regionale sosteneva che il verbale non avesse gli elementi, formali o sostanziali, necessari per integrare gli estremi di un accordo (§ 2.3 *Rit. fat.*).

³⁰ Per questa distinzione v. P. LOMBARDI, *La pianificazione paesaggistica*, in *Federalismi.it*, 22, 2012, pp. 10 ss.

il contenuto dell'accordo e di «chiedere l'avvio di una nuova interlocuzione» (§ 6.3 *Cons. dir.*).

Il terzo profilo da affrontare riguardava i rapporti istituzionali fra la Giunta e il Consiglio regionale rispetto all'attività di negoziazione da svolgere con lo Stato. La lunga trattativa alle origini della vicenda aveva infatti messo in evidenza, accanto al conflitto fra Enti, anche un conflitto interno alla Regione Lazio fra i due organi politicamente responsabili e fra loro istituzionalmente collegati ma, nella circostanza, divisi sulla questione dell'atteggiamento da tenere nei confronti del Ministero e al fondo, forse, anche su quella dell'indirizzo da seguire con riguardo alla gestione del proprio territorio.

La Corte risolve questo punto piuttosto spinoso affermando in modo assai sbrigativo che spetta esclusivamente all'organo esecutivo trattare con lo Stato per conto della Regione, mentre l'Assemblea elettiva può solo interloquire con la propria Giunta e, in ultimo, approvare o respingere le proposte di piano che essa abbia già condiviso con l'amministrazione statale. Per ricostruire questo assetto delle competenze, la Corte non fa riferimento alla disciplina regionale, statutaria e legislativa³¹, e nemmeno fa leva su una riflessione di ordine più generale incentrata sulla forma di governo regionale. La Consulta sembra in effetti voler sancire apriori la natura necessariamente intergovernativa della leale collaborazione fra Enti³² anche quando essa, interessando una sola Regione, avvenga fuori dal sistema delle Conferenze, e quasi a voler suggellare, quanto meno con riferimento al versante

³¹ Si v. l'art. 23 comma 2 lett. g) dello Statuto della Regione Lazio che fissa la competenza del Consiglio regionale a deliberare, su proposta della Giunta, il piano territoriale generale dell'uso e dell'assetto del territorio ed i relativi piani settoriali, e l'art. 23 della l. reg. 6 luglio 1998, n. 24 sulla «Pianificazione paesistica e tutela dei beni e delle aree sottoposti a vincolo paesistico» che disciplina il procedimento interno di formazione del piano prevedendo anche forme di collaborazione e di confronto con gli enti locali e la società civile. Sull'attribuzione all'uno o all'altro organo regionale della competenza ad approvare i piani paesaggistici, secondo quanto previsto dalle diverse leggi regionali cfr. D. TRAINA, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 3, 2019, p. 493, nt. 74. Quanto alla leale collaborazione con lo Stato e con le altre Regioni l'art. 12 dello Statuto della Regione Lazio prevede che la Regione «partecipa ai processi decisionali statali di interesse regionale, nelle sedi di concertazione, negoziazione e coordinamento tra Stato e Regioni, sulla base del principio di leale collaborazione», senza definire quale organo debba intervenire in nome e per conto della Regione stessa. A commento si v. C. PETRILLO, *Le relazioni esterne*, in M. RUOTOLO, G. SERGES (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lazio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 310 ss.

³² Cfr. P. COLASANTE, A. IACOVELLO, *Prassi e potenziali sviluppi dell'intergovernmental management nell'ordinamento italiano. Riflessi sul principio di leale collaborazione*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

regionale, una prassi consolidata ma che ha contribuito ad indebolire il ruolo delle Assemblee legislative a tutti i livelli. A tal proposito la sentenza si limita ad indicare l'impegno della Giunta «ad attivarsi per assicurare che gli indirizzi e le indicazioni del Consiglio siano esaminati ed eventualmente recepiti in sede di trattativa con gli organi ministeriali» (§ 6.3 *Cons. dir.*). Si tratta però di un impegno solo politico e certamente non di un mandato imperativo che possa essere fatto valere anche all'esterno, o che l'interlocutore statale debba necessariamente considerare prima di poter stringere un valido accordo con la Regione.

5. Democratizzare le procedure della leale collaborazione fra Enti (anche) per renderle più efficienti?

All'esito di questo giudizio, che precisa alcuni aspetti relativi alla collaborazione fra le singole Regioni con lo Stato in materia paesaggistica, pare lecito domandarsi dove si situi effettivamente il potere di pianificazione che tuttora il Codice, anche dopo i correttivi, in taluni passaggi continua formalmente ad attribuire alle Regioni.

La mancata riformulazione di tali disposizioni è servita, secondo alcuni³³, a “camuffare” la sempre più ingombrante presenza statale in un'attività – la pianificazione territoriale, compresa quella paesaggistica – tradizionalmente collocata a livello regionale (o sub-regionale)³⁴. Ora lo Stato può in effetti agire d'ordinario sul versante amministrativo con lo strumento del piano allo scopo di tutelare tutti gli interessi paesaggistici compresi nel territorio regionale, anche quelli privi di rilevanza nazionale; può inoltre “dettare i contenuti” del piano alle Regioni che conservano, invece, un potere di interlocuzione molto debole, quasi ridotto ad un potere negativo di veto.

Si ha perciò l'impressione che, sotto le “mentite spoglie” della collaborazione necessaria e persino di quella eventuale, il legislatore statale e la giurisprudenza costituzionale abbiano voluto ripristinare in questo ambito il criterio (superato) del

³³ Sul punto C.P. SANTACROCE, *Accordi*, cit., p. 610.

³⁴ Parla di una inversione di tendenza rispetto all'indirizzo, affermatosi a partire dalla seconda metà degli anni Settanta e ripreso inizialmente dal Codice, caratterizzato dal riconoscimento alle Regioni di un ruolo centrale nella tutela del paesaggio M. IMMORDINO, *La dimensione “forte” della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 1, 2008. Dubita della legittimità di una disciplina che, nella versione attuale, «richiede sempre l'intesa con lo Stato anche nella materia concorrente della valorizzazione» E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli di Stato e Regioni*, cit., p. 120, la quale però ricorda che le Regioni non hanno impugnato il secondo correttivo del 2008, dimostrandosi pertanto disponibili alla collaborazione «sul piano legislativo e amministrativo, e su quello della integrazione delle politiche».

parallelismo³⁵ e far tacere quello (previsto in Costituzione e ribadito dalla Convenzione europea sul paesaggio) di sussidiarietà³⁶.

I risultati prodotti da siffatto spostamento dell'equilibrio interistituzionale verso il centro non sono, tuttavia, incoraggianti³⁷. Prova ne sia il fatto che ad oggi, pur essendo trascorsi molti anni dall'entrata in vigore del Codice e dei successivi decreti correttivi, e pur essendo stati avviati molti tavoli di contrattazione fra lo Stato e le Regioni, sono solo poche le Regioni che si sono dotate di nuovi piani paesaggistici sulla base degli accordi con il Ministero³⁸, mentre le altre continuano a fare riferimento ad una pianificazione territoriale risalente, per lo più integrata da varianti adottate a fini paesaggistici³⁹.

La scarsa volontà collaborativa delle Regioni, prontamente sanzionata dal giudice costituzionale, è però rimasta priva di sanzione politica da parte del Governo che, nonostante gli abbondanti ritardi, non è comunque ricorso all'adozione di piani regionali in via sostitutiva. Questa perdurante situazione d'*impasse* che lo Stato stesso non ritiene di risolvere con un atto (che sia anche formalmente) unilaterale⁴⁰, finisce per produrre un danno proprio al paesaggio. La cura del paesaggio, inscritta fra i principi fondamentali della Repubblica, resta

³⁵ Sottolinea la «tendenza al ritorno verso il parallelismo» in questo e in altri settori dell'ordinamento anche E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli di Stato e Regioni*, cit., p. 130.

³⁶ G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio*, cit., p. 96.

³⁷ Nota che «Il punto di crisi di un sistema 'forte', disegnato in modo molto chiaro dal legislatore e riempito di significato dalla giurisprudenza della Consulta, sta però nella sua effettività» P. MARZARO, *Governo del territorio, interessi differenziati e tecniche di regolazione degli interessi. Note di sistema*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2, 2019, p. 118.

³⁸ Al momento, le sole Regioni provviste di piani paesaggistici approvati in collaborazione con il MiBACT sono la Sardegna (con riferimento ai soli ambiti costieri), la Puglia, la Toscana, il Piemonte, e il Friuli-Venezia Giulia. Valuta positivamente i risultati ottenuti con i nuovi interventi di pianificazione M.R. GRISOTTI, *Il piano paesaggistico alla prova del governo del territorio: verso un modello di pianificazione regionale integrata*, in *Crios*, 1, 2018, pp. 65 ss.

³⁹ Si v. il Quadro sinottico sullo stato della pianificazione paesaggistica in Italia, aggiornato a dicembre 2020, all'indirizzo beniculturali.it/pianificazione-e-governo-del-territorio. Da notare che la Regione Lombardia si è data nel 2010 un nuovo piano paesaggistico, non preceduto da alcun accordo interistituzionale, che lo Stato nonostante ciò non ha impugnato. In generale va segnalato il rischio che, a seconda della Regione interessata, le istituzioni centrali esercitino (e rivendichino) il proprio potere di copianificazione, ovvero che lascino invece maggiori spazi all'autonomia regionale.

⁴⁰ Nota che l'eventualità che il Governo ricorra al potere sostitutivo in questa materia è del tutto irrealistica S. AMOROSINO, *Introduzione*, cit., p. 179.

perciò affidata ad interventi caso per caso⁴¹, mentre manca una visione di insieme delle politiche per il territorio, comprensiva di tutte le aree e delle loro diverse potenzialità⁴².

Forse, anziché affidarsi alla copianificazione come ad un dogma⁴³ (che si è per lo più infranto contro l'ossimoro della consensualità obbligata⁴⁴), occorrerebbe piuttosto ripensare i ruoli dei diversi attori istituzionali coinvolti, tenendo conto specialmente di alcuni fattori, riconducibili all'elemento democratico, finora sottovalutati. Penso, in particolare, al rapporto tra la Giunta regionale e il Consiglio nel definire la posizione dell'Ente da portare al confronto con gli altri livelli di governo; all'avvicinarsi delle maggioranze politiche alla guida degli organi della Regione e al conseguente (per certi versi fisiologico) mutamento degli indirizzi di volta in volta promossi in materia di uso del territorio che mal si concilia, però, con la difficoltà di chiudere le trattative con l'amministrazione statale nel tempo di una consiliatura; alla necessità di riconnettere le scelte che sconfinano dalla mera discrezionalità tecnica, e che appartengono al campo dell'amministrazione e soprattutto della politica, a soggetti responsabili verso gli elettori (della Regione e dello Stato), evitando che, nella confusione delle competenze e dei livelli di

⁴¹ I singoli strumenti vincolistici, anche considerati nel loro insieme, non sono un valido succedaneo del piano poiché si tratta di misure interinali e cautelari «che rispondono ad una logica di difesa anticipata delle prescrizioni programmatiche» (G.D. COMPORTI, *Piani paesaggistici* (voce), in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1058.

⁴² Sull'importanza dei piani come strumenti per la composizione dei diversi interessi collettivi, fra i quali quelli paesaggistici, che fanno capo al territorio v. già V. ONIDA, *Tutela del paesaggio e pianificazione territoriale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1989, p. 757.

⁴³ P. MARZARO, *La 'cura'*, cit., p. 424.

⁴⁴ C.P. SANTACROCE, *Accordi*, cit., p. 607.

governo, l'opera di selezione e di bilanciamento degli interessi⁴⁵ sia di fatto interamente rimessa alle burocrazie, a partire da quelle ministeriali⁴⁶.

⁴⁵ Con riferimento alla necessità di proceduralizzare il bilanciamento dei conflitti tra interesse paesaggistico e interesse alla prevenzione del rischio idrogeologico, P. LOMBARDI, *Il rischio idrogeologico: paesaggio, ambiente e governo del territorio nella prospettiva degli strumenti di pianificazione*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2, 2019, pp. 251 ss.

⁴⁶ Sul problema della dialettica tra tecnica e politica nella gestione del paesaggio si interroga P. CARPENTIERI, *Il ruolo del paesaggio e del suo governo nello sviluppo organizzativo e funzionale del Ministero e delle sue relazioni inter-istituzionali*, in *Aedon*, 2, 2018. In proposito già A. PREDIERI, *Paesaggio* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, faceva notare che «le amministrazioni comunali e regionali, pur con le manchevolezze sperimentate dei comuni, hanno un rapporto con l'elettorato che dà loro la possibilità di organizzare una partecipazione e ottenere un consenso, su provvedimenti pianificatori destinati ad incidere sull'insieme dei rapporti sociali della comunità insediata sul territorio, ben maggiori di quanto non abbiano i complessi burocratici ministeriali settoriali privi di rappresentatività e di legami diretti». In via generale, come osserva R. BIN, *Regioni tra politica e burocrazia*, in *Le Regioni*, 4, 2018, p. 579, il registro delle relazioni Stato-regioni è oggi impostato «su una scissione troppo marcata tra la gestione burocratica dei rapporti, abbandonata alle strutture amministrative, e una visione politica della funzione dell'autonomia regionale, che è però rivolta più alla simbologia e all'autocelebrazione dei vertici politici che a un progetto preciso dello sviluppo dell'autonomia regionale». Sul tema del problematico rapporto tra potere politico e organi indipendenti in quanto provvisti di legittimazione "tecnocratica" si v. infine M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.

Il costituzionalismo e la mobilità sociale: a proposito di Tania Groppi, *Oltre le gerarchie*, Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-117

QUIRINO CAMERLENGO*

Indice disponibile all'indirizzo: www.laterza.it/indici/9788858144459_indice.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

Q. CAMERLENGO, *Il costituzionalismo e la mobilità sociale: a proposito di Tania Groppi*, *Oltre le gerarchie*, Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-117, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia.
Indirizzo mail: quirino.camerlengo@unipv.it.

1. Il costituzionalista non incontrerebbe grosse difficoltà a confutare ogni dimensione gerarchica della struttura sociale italiana: sarebbe, infatti, sufficiente evocare la “pari dignità sociale” consacrata dall’art. 3, primo comma, Cost. Che si tratti di una enunciazione di problematica collocazione entro le categorie giuridiche è fuori discussione. La ricostruzione offerta da Celotto nel Commentario curato dallo stesso con Bifulco e Olivetti è illuminante al riguardo. Nondimeno, dietro questa formula «curiosa e nuovissima», come la chiosò Livio Paladin, si staglia il fermo convincimento delle Madri e dei Padri costituenti che la società italiana non può utilizzare il diritto positivo per discriminare i consociati a seconda della loro collocazione e del loro ruolo in seno alla comunità, come confermato dal divieto di diseguaglianze giuridiche in virtù delle «condizioni sociali». La nostra Costituzione prefigura lo sviluppo della personalità umana (dimensione individuale) anche nel quadro delle relazioni che s’intrecciano quotidianamente tra consociati (dimensione collettiva), così che la complessiva considerazione della persona riposi sull’intreccio fecondo tra libertà e pluralismo, tra autonomia e condivisione solidale. In questo contesto, come insegna Mortati, la pari dignità sociale non fa che esprimere «il pregio ineffabile della persona umana come tale, quale che sia la posizione rivestita nella società». Operando quale “cerniera” tra le due proiezioni dell’eguaglianza (Ferrara e Luciani), la pari dignità sociale è la indefettibile premessa di fatto affinché possa avere un senso compiuto e coerente il divieto di discriminazioni legate ai fattori individuati nel primo comma dell’art. 3 e la promozione di pari opportunità per il pieno sviluppo della personalità e l’effettiva partecipazione di tutti alla vita comunitaria.

Perché, dunque, Tania Groppi, nella sua più recente opera intitolata *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, ha avvertito il bisogno di stigmatizzare la gerarchia quale «principio di ordinazione delle cose attraverso una graduazione asimmetrica, e pertanto diseguale» (pag. 9)? Perché Tania Groppi ha ricostruito, in modo così sapiente e colto, la diffusa e consolidata tendenza dell’essere umano a ricorrere a metafore spaziali verticali per «organizzare i propri pensieri» (pag. 8) al fine di descrivere e interpretare le stratificazioni sociali che da sempre caratterizzano i contesti umani sufficientemente complessi e articolati?

La risposta è semplice: il costituzionalista che confida nella attitudine del diritto a contrastare le ingiustizie e il privilegio, non può non impegnarsi e battersi contro questa «rappresentazione di rapporti diseguali, di subalternazione [che] colloca i soggetti su punti diversi di un asse verticale, che trova alla sua sommità il titolare dell’autorità» (pag. 11). Tania Groppi, dunque, si è prefissa l’obiettivo di smascherare le mistificazioni perpetrate da quelle metafore (come l’ascensore sociale) che sono tutt’altro che innocue: «il linguaggio figurato, specialmente se adottato inconsapevolmente e acriticamente, può essere fonte di distorsioni e di rappresentazioni errate» (pag. 13) e così facendo finiscono col condizionare i comportamenti individuali ben oltre il loro naturale scopo, che sarebbe quello di

descrivere una realtà attraverso similitudini e accostamenti. E così l'analogia diventa identità, la rappresentazione figurata diviene inesorabilmente la realtà da imporre surrettiziamente. Le gerarchie sociali sono raffigurate e esemplificate tramite metafore, ma poi queste prendono il sopravvento e diventano esse stesse, grazie alla loro straordinaria capacità persuasiva, matrice di relazioni gerarchiche che si sviluppano verticalmente, legittimando il potere di chi sta in alto e giustificando la sottomissione di chi sta in basso. Le metafore alimentano i processi gerarchici i quali, a loro volta, legittimano le disegualianze, «fino al punto di svanire agli occhi dei diretti interessati» (pag. 31), vale a dire i soggetti deboli. E qui si innesta, in modo esemplare, l'invettiva o, quanto meno, l'ammonimento cruciale di Tania Groppi: «in una situazione di risorse scarse, in cui in alto non c'è posto per tutti, continuare a utilizzare la metafora sopra/sotto, e i suoi corollari, in primo luogo alto/basso, vuol dire condannare qualcuno a stare "sotto"» (pag. 34). E l'Autrice cita non a caso il John Rawls di *Giustizia come equità*, il quale afferma che «uno status elevato presuppone l'esistenza di posizioni inferiori, per cui se cerchiamo di elevare il nostro, di fatto rafforziamo un modello che implica uno status inferiore per altre persone».

2. Tania Groppi chiude così il primo capitolo lasciando presagire il prosieguo della sua trattazione. L'evocazione del pensiero rawlsiano, in particolare, ha acceso i riflettori sul tema che, più di altri, ha attirato l'attenzione, non solo scientifica, di chi scrive, vale a dire la mobilità sociale reinterpretata secondo le metodologie del diritto costituzionale. Mi riferisco in particolare al mio saggio *Costituzione e promozione sociale*, edito dal Mulino nel 2013.

Sono in debito verso Tania Groppi perché la sua profonda e lucida riflessione mi ha donato ulteriori e preziosissimi elementi per comprendere le ragioni della indifferenza della dottrina costituzionalistica verso questo tema. Sul principio di eguaglianza sono state scritte pagine indimenticabili di diritto costituzionale, da Paladín a Esposito, da Ferrara a Rescigno, da Cerri a Pace, senza trascurare gli ormai imprescindibili studi sulla sua dimensione sostanziale, vero elemento di novità della Costituzione repubblicana (Romagnoli, Caravita, Giorgis, D'Aloia).

Nondimeno, il tema "mobilità sociale" è stato ignorato o solo marginalmente accennato.

In un primo momento, mi persuasi del fatto che la mobilità sociale, che quantifica il passaggio da una classe sociale ad un'altra, presuppone una struttura sociale "diseguale" e, dunque, un assetto che va esattamente nella direzione opposta a quella illuminata dal principio di eguaglianza, autentico pilastro del costituzionalismo liberale (nella dimensione formale) e socialdemocratico (nella proiezione sostanziale).

Oggi, Tania Groppi ha aggiunto un tassello mancante nella mia modesta ricostruzione: occuparsi di "mobilità sociale" (che si esprime attraverso metafore

insidiose come ascensore sociale, paracadute sociale e così via) significa in qualche modo assecondare quella deriva gerarchica che il costituzionalismo sociale mira a contrastare. E lo si intuisce proprio là dove la stessa Autrice censura senza mezzi termini la mobilità sociale (ed il merito) come «il grande inganno» (pag. 55).

Più precisamente, per l'Autrice «la mobilità sociale appare incompatibile con la nozione di democrazia accolta nel nostro ordinamento» (pag. 56).

A supporto di tale tesi Tania Groppi evoca gli studi empirici degli psicologi sociali che dimostrano come la mobilità sociale, quando è orientata a premiare gli sforzi individuali, possa diventare «un veicolo non di riduzione bensì, al contrario, di legittimazione delle diseguaglianze» (pag. 56). Così facendo, la mobilità sociale non farebbe che convertire in processi naturali fenomeni artificiali tali da innescare «processi competitivi improntati al darwinismo sociale» (pag. 56). L'esito di questa trasformazione è la cristallizzazione di una visione della società strutturata secondo la logica gerarchica sopra/sotto (o alto/basso). La mobilità sociale fatalmente distribuisce i consociati in una scala dove chi sta in basso prova invidia per chi sta sopra, mentre i consociati "apicali" si sentono legittimati ad infierire sui "subalterni" in quanto sconfitti e, dunque, indegni.

Non meno perentorio, e argomentato, è il giudizio negativo nei confronti del merito, interpretato come «incorporazione delle diseguaglianze», usano le parole di Didier Fassin. Il merito è il frutto di doni che ogni essere umano riceve «per motivi insondabili» (pag. 59), quale complesso di «dotazioni naturali», come le indica John Rawls, rispetto alle quali l'impegno individuale è sorretto in modo decisivo dalle proprie condizioni socioeconomiche. Il merito degenera inesorabilmente in "meritocrazia" (Young), che a sua volta suscita movimenti competitivi che, al pari della mobilità sociale, determinano una selezione naturale secondo le teorie darwiniane. Chi viene sconfitto nella gara della vita finisce coll'essere marchiato dallo stigma del "demerito": il reietto che non ce l'ha fatta, piccolo atomo di una grande e indistinta massa «di "scarti", soggetti in caduta libera che non hanno un posto nella società e ai quali, al massimo, si può generosamente provvedere con un paracadute, perlomeno fino a quando le risorse disponibili lo consentiranno» (pag. 61).

Rievocando Don Milani, Tania Groppi paventa il rischio che lo strapotere del merito finisca col consentire di strappare pochi eletti dalla povertà per ricondurli nel gotha degli ottimi («nell'orto chiuso del privilegio per arricchirlo ancora di nuovi fiori», come si legge nelle *Esperienze pastorali* del 1957). A questo punto, l'invettiva contro la meritocrazia si completa con la narrazione della brutalità del nazismo, attraverso la riflessione di Harald Ofstad.

In conclusione, per Tania Groppi «l'unica concezione di mobilità sociale compatibile con la nostra Costituzione è quella che, depurata da ogni accezione gerarchica e meritocratica, sta ad indicare il diritto di ciascuna persona, in un

contesto relazionale, al pieno sviluppo della sua personalità e alla partecipazione, su un piano di parità, all'adozione delle decisioni politiche» (pag. 64-65).

3. Ogni sentimento umano, ogni fenomeno associato a comportamenti dei consociati, se spinto oltre i confini che ne delimitano una ragionevole e costruttiva espressività, finiscono fatalmente col generare danni. L'inquisizione e la *Jihād* sono la drammatica prova di come anche la fede, che dovrebbe conferire speranza ed elargire amore, possa convertirsi in qualcosa di violento. Le ideologie, nate per aggregare intorno a valori condivisi, se si radicalizzano finiscono coll'alimentare anche condotte illecite. L'amore, se esasperato, può soffocare. Persino la democrazia può alterarsi in demagogia e populismo se il popolo viene blandito e strumentalizzato, anziché collocato al centro delle dinamiche del potere.

Così pure la mobilità sociale, se narrata in modo esacerbato, può – come ha giustamente notato Tania Groppi – fomentare forme altrettanto esasperate e parossistiche di competizione, con tutto ciò che una simile inclinazione all'agonismo può provocare in termini di invidia, di rabbia, o al contrario di desolazione, di scoramento. E pure il merito, che dovrebbe premiare quanti rinunciano all'accidia e al torpore, se consacrato quale unico ed esclusivo criterio di riferimento e di giudizio potrebbe davvero tracciare una linea netta e invalicabile tra “buoni” e “cattivi”, tra capaci e inetti.

È, tuttavia, indubbio che le eventuali esasperazioni involutive di un valore, di un sentimento, di un sistema di principi, di un modello di condotta, non possono essere utilmente evocate per contrastarne la bontà intrinseca. Come si vedrà in seguito, la nostra Costituzione contempla gli antidoti da attivare per prevenire e reprimere eventuali alterazioni e strumentalizzazioni: una competizione solidale, una selezione ragionevole. Sarebbe sufficiente pensare che l'opposto della mobilità sociale è la rigida conservazione dello *status quo*, con conseguente perdita di ogni speranza di miglioramento per chi è nato con un destino segnato in partenza. Che l'opposto del merito è il privilegio, è un metodo di distribuzione delle risorse che prescinde dalla considerazione delle qualità e dell'impegno individuali. Quando la distribuzione di tali risorse avviene, secondo l'impostazione marxista, secondo il bisogno di ciascuno, allora vi è comunque un fondamento di giustizia, che invece non sussiste quando la negazione del merito serve a sostenere i gruppi sociali dominanti, interessati a perpetuare le disuguaglianze.

Ora, il denunciato “grande inganno” sarebbe fondato se la mobilità sociale fosse un fine da realizzare. Al pari di tutti gli obiettivi da raggiungere la mobilità sociale finirebbe coll'indirizzare teleologicamente i processi di trasformazione dei rapporti comunitari così da generare davvero una struttura pervasa dalla competizione più agguerrita e dall'isolamento degli sconfitti.

Ma non è così. La mobilità sociale non crea gerarchie, essendo al contrario uno strumento per razionalizzare uno stato di fatto esistente fornendo una misura delle iniquità associate alla stratificazione sociale.

Sin dai primi studi organici, risalenti a Sorokin, comunque debitori delle intuizioni di Marx e Durkheim e senza trascurare i teorici delle élite come Pareto, Mosca e Michels, la mobilità sociale è stata trattata come uno *strumento* per valutare il livello di sviluppo di una società in merito alle dinamiche relazionali tra classi sociali. Come ha osservato Maurizio Pisati, «studiare la mobilità sociale vuol dire interrogarsi sul grado di *apertura* o *fluidità* che, in un dato momento, caratterizza una determinata società». Quanto più i ceti sociali privilegiati si chiudono, al fine di serbare intatta la propria condizione di potere, tanto minore sarà la circolazione tra classi e, dunque, tanto minori saranno le probabilità di promozione sociale per chi nasce e vive in condizioni di svantaggio (De Lillo, Checchi e Dardanoni, Paci).

La mobilità sociale è un indice di sviluppo delle società sul piano del contrasto alle diseguaglianze e agli effetti nefasti a queste ascrivibili in termini di pace e di coesione sociale.

Nel *Rapporto annuale 2012* l'Istat stimò che solo il 7 % di coloro che provengono dalla classe sociale di base (vale a dire la "classe operaia agricola") riesce a raggiungere il gradino più elevato ("borghesia"), laddove il 38 % di quanti partono da quest'ultimo conserva tale collocazione. La Banca d'Italia (2018), dal canto suo, proprio alla luce della scarsa mobilità sociale, paventò il rischio che una società, in cui le possibilità di affermazione dipendono dalle fortune dei propri avi, finisca coll'alimentare antagonismi e tensioni nella parte di popolazione svantaggiata. Similmente l'OCSE Italia, nello stesso anno, ha osservato che un basso tasso di mobilità ascendente comporta la rinuncia a molti talenti, con effetti dannosi sulla crescita economica potenziale e sulla soddisfazione individuale, il benessere e la coesione sociale. Secondo il 53° *Rapporto annuale* del Censis (2019), il 69 % degli italiani è convinto che la mobilità sociale sia bloccata. Una non dissimile percentuale degli operai non confida in un miglioramento dell'attuale condizione e nella stessa proporzione imprenditori e liberi professionisti temono un arretramento. Secondo il primo rapporto annuale del *World Economic Forum* (2020), quanto a tasso di mobilità sociale l'Italia occupa soltanto il 34° posto, nonostante un elevato reddito lordo, le condizioni di accesso al sistema sanitario siano al di sopra della media degli altri Paesi sviluppati, e l'accesso, la qualità e l'equità dell'istruzione siano in linea con la media, analogamente ai salari.

Questi dati concorrono a dimostrare quanto la mobilità sociale sia in verità uno strumento per valutare una società, e non un fine da raggiungere. Nel caso italiano, la mobilità sociale può essere un utile parametro di riferimento per saggiare la concreta attitudine del principio di eguaglianza sostanziale a garantire o meno ai soggetti deboli un miglioramento della propria condizione di partenza. In fondo,

questo principio fu pensato e inserito nel testo costituzionale non solo allo scopo di liberare dal bisogno economico coloro che versano in condizioni di povertà nell'accesso ai beni essenziali, ma anche e soprattutto per garantire una *speranza di riscatto sociale* a chi intraprendere il proprio percorso esistenziale da una situazione di svantaggio non solo economico, ma anche culturale e sociale. Il secondo comma dell'art. 3 collega, infatti, l'impegno delle istituzioni repubblicane (proteso verso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che pregiudicano la libertà e l'eguaglianza) al *pieno* sviluppo della personalità e all'*effettiva* partecipazione di tutti alla vita comunitaria in tutte le sue più qualificanti e incisive espressioni. Lo Stato sociale, attraverso le prestazioni ancorate ai diritti sociali (Pezzini, Salazar, D. Bifulco), non può limitarsi a colmare il *gap* tra benestanti e soggetti economicamente fragili attraverso la mera elargizione di provvidenze finanziarie. I diritti sociali mirano a fornire ai soggetti deboli i mezzi (non solo economici) per assecondare appieno i propri talenti e le proprie inclinazioni e per condividere davvero l'esperienza comunitaria con gli altri consociati, in tutti quei casi in cui un destino avverso sembra aver marchiato, in modo irreversibile, il loro cammino vitale sia come individui che come appartenenti alla stessa struttura sociale.

Ebbene, un basso o insufficiente tasso di mobilità sociale sta ad indicare che chi ha tentato di migliorare la propria condizione di partenza non vi è riuscito e ciò nonostante l'impegno profuso dalle istituzioni repubblicane attraverso lo Stato sociale.

Dunque, affiora un dubbio, alimentato dalla riflessione di Tania Groppi: la mobilità sociale è la causa o l'effetto della stigmatizzata gerarchia sociale? Detto in altri termini, è la mobilità sociale ad innescare quei processi di spostamenti *up/down* che alimentano e consolidano relazioni gerarchiche tra consociati oppure è una persistente inclinazione di quanti detengono il potere a indurre quanti non condividono questa situazione a interrogarsi sulla mobilità sociale?

A me pare che ingannevole possa essere l'*uso* che si fa della mobilità sociale, non lo strumento in sé. Ingannevole e odioso, e dunque da censurare, sarebbe il brandire la mobilità sociale come un'arma per fomentare tensioni sociali o per erigere o giustificare steccati o divari insuperabili tra chi riesce nella vita e chi, invece, soccombe. Non così, invece, se la mobilità sociale è impiegata per fotografare una realtà attraversata da contraddizioni, da strategie esclusive, da arroccamenti dei ceti agiati riottosi a condividere gli spazi di potere con il resto della popolazione.

Lo stesso discorso vale per il merito, altro "grande inganno" secondo Tania Groppi. Se il merito diventa il fine da raggiungere, allora è breve la strada che potrebbe condurre a quella società dominata dal quoziente intellettuale che è uscita dalla penna distopica, provocatoria e dissacrante di Michael Young: una struttura sociale governata da individui selezionati in forza delle sole abilità intellettive, ma

del tutto incapaci di esprimere empatia e ragionevolezza verso quanti non hanno ricevuto in dono dalla natura queste qualità.

Al contrario, il merito è uno strumento che la società e lo stesso ordinamento giuridico dovrebbero garantire a tutti coloro che, in un contesto comunitario dove gli spazi di promozione sono tradizionalmente riservati secondo logiche di cooptazione (l'autoreclutamento delle élite), non potrebbero fare altrimenti che dimostrare quotidianamente le loro risorse in termini di impegno, dedizione, spirito di sacrificio, intelligenza globale, intraprendenza. Per quale ragione l'ultimo comma dell'art. 34 Cost. riconosce ai «capaci e meritevoli» una pretesa ad essere aiutati dallo Stato per raggiungere i gradi più elevati dell'istruzione? Per quale motivo l'accesso al pubblico impiego è dall'art. 97 Cost. subordinato di regola ad un concorso, vale a dire ad una procedura selettiva basata sulla comparazione tra candidati? La Costituzione non allude certo ad una società in cui si operi una rigida distinzione tra meritevoli e immeritevoli, tra capaci e incapaci, quanto ad una compagine sociale in cui l'impegno individuale sia pienamente riconosciuto e ricompensato attraverso il conferimento di un "ruolo" che rifletta davvero le doti dimostrate. Il lavoratore non merita, forse, una retribuzione (anche) proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato, come recita l'art. 36 Cost.? Ancor prima, l'art. 4 Cost. non abbina il "dovere" al lavoro alle attitudini del singolo? In fondo, sollecitare ogni consociato a lavorare secondo «le proprie possibilità e la propria scelta» significa creare le condizioni perché il singolo si veda riconosciuto il proprio intrinseco valore: il merito, giustappunto.

Le metafore fanno male quando legittimano un assetto gerarchico che contraddice palesemente i principi fondamentali della Costituzione e, più in generale, l'idea stessa di uno Stato democratico e pluralista, inclusivo e aperto. Non sono, invece, da bandire ove consentano agli osservatori di cogliere le tante contraddizioni e anomalie che, nonostante quei principi fondamentali, continuano a rendere anche le società occidentali più evolute luoghi in cui si consumano ingiustizie e prevaricazioni, spesso in forma subdola e opaca. Negare spazio alla "mobilità sociale" (con le sue metafore) e al "merito" significa negare a quanti intraprendono la "gara della vita" la speranza di affrancarsi da un destino che appare già segnato in partenza.

4. Da cosa scaturisce questa domanda di "riscatto sociale"? Dalla sola mancanza dei beni necessari ad un effettivo godimento dei diritti fondamentali?

Un tempo, la conformazione rigidamente gerarchica delle società più risalenti poteva ben giustificare il bisogno di opporsi al potere esercitato dai ceti dominanti. Nella versione marxiana, questa ribellione prese forma nella lotta del proletariato finalizzata al sovvertimento radicale delle strutture borghesi. In epoca più recente, il riconoscimento di eguali opportunità di affermazione sociale ha suggerito soluzioni meno radicali e più democratiche. È chiaro, leggendo Tania Groppi, che

una volta rimossa qualsiasi traccia di gerarchia sociale verrebbe meno questa a tratti esasperata brama di riscatto sociale che, se lasciata libera, rischierebbe di produrre effetti dirompenti sulla stabilità della società e sulla coesione vitale tra i suoi membri.

Ebbene, per quanto ci si possa sforzare, come fa esemplarmente Tania Groppi, di censurare ogni residuo di gerarchia e conseguentemente di bandire dal lessico e della comunicazione le denunciate metafore, resta fermo un dato oggettivo che da sempre accompagna i sodalizi umani complessi e che, verosimilmente, rischia di permanere nel tempo senza soluzione di continuità. Se è vero che sempre di più appare difficile percepire gli elementi propri della tradizionale gerarchia, nondimeno un fattore ancora oggi discriminante è quello del *prestigio sociale*.

Nella voce apparsa sulla *Enciclopedia delle scienze sociali* del 1996, Włodzimierz Wesołowski e Henryk Domanski ricordano come «la gerarchia sociale formalizzata è stata abolita, e non tutti sono disposti ad accettare le giustificazioni funzionalistiche e meritocratiche del prestigio. Tutti gli assetti gerarchici, compreso quello dell'ineguale distribuzione del prestigio, vengono posti continuamente in discussione; le origini familiari hanno perso il loro ruolo istituzionale e la mobilità intergenerazionale, unita al principio delle eguali opportunità, non incoraggia le persone a esibire i propri 'nobili natali'». Nondimeno, come hanno dimostrato le ricerche di Goldthorpe e di Hope, «i criteri meritocratici del prestigio, come la considerazione per le capacità individuali, per il livello di istruzione raggiunto e per i loro derivati - qualificazioni e successo -, sono ancora palesemente accettati dalla maggioranza degli individui. Nelle società moderne le persone adottano ancora criteri meritocratici di questo tipo, specialmente quando si tratta di prendere decisioni sui programmi educativi dei loro figli o importanti per la propria carriera (i loro successi e fallimenti)». I *mass media* e lo sviluppo della rete hanno alimentato processi di ammirazione e di emulazione del tutto inediti e, comunque, sempre legati alla considerazione del prestigio sociale delle persone che incarnano il successo e il potere.

Da sempre il prestigio sociale ha accompagnato e puntellato la visione gerarchica delle società complesse, sino a raggiungere connotazioni rigide e formalizzate come il sistema indiano delle caste. Ancora i due Autori dapprima citati scrivono che «nella società moderna, a seguito dello sviluppo dell'economia di mercato e del principio di eguaglianza tra i cittadini, l'intera sfera del prestigio ha subito una profonda trasformazione. I legami di gruppo sono diventati meno rigidi, e anche chi proviene dai ranghi inferiori della società può ascendere, contando esclusivamente sulle sue capacità, ai vertici della ricchezza, del potere e della conoscenza - e quindi del prestigio. Non solo, ma la legittimità stessa di una qualunque forma di gerarchia sociale viene da più parti messa in discussione». Ciò nonostante, anche se ha assunto forme e modalità diverse dal passato non mancano dimostrazioni di deferenza nei confronti di chi si ritiene goda di prestigio sociale o

mediante la mera osservanza di norme sociali più o meno codificate o attraverso giudizi di valore sulle qualità di una persona sulla base di un dato sistema assiologico accettato dai consociati. L'articolazione in classi o in ceti, che un tempo era tangibilmente comprovata da ritualità e schemi ricorrenti di relazioni intersoggettive, oggi è divenuta più liquida, sicuramente meno granitica. Gli *aristoi* non godono più di alcuna legittimazione quasi divina. L'élite governante non è al riparo da frequenti attacchi e recriminazioni.

Insomma, l'analisi di Max Weber (1922), secondo cui il prestigio sociale si basa soprattutto sulla ricchezza, sul potere e sulla conoscenza nelle loro cangianti forme storiche, è ancora attuale. Il prestigio sociale è percepito e si misura in base ad una serie di fattori che vanno dal livello di istruzione all'entità del reddito, dalle qualificazioni ricoperte al grado di influenza e di potere, dall'ampiezza e ricchezza del bagaglio culturale alle attitudini alla *leadership* (Blau e Duncan; Hauser e Featherman; Kohn e Slomczynski). A ciò si aggiunge una diffusa domanda di meritocrazia (Bell; Davis e Moore; Gouldner).

Dunque, la dimensione gerarchica, condivisibilmente censurata da Tania Groppi, è in insanabile contrasto con il principio costituzionale della pari dignità sociale. Resta però il fatto, avvalorato da dati oggettivi analizzati da accreditati studi scientifici, che le relazioni sociali sono ancora oggi influenzate sensibilmente dal prestigio sociale di cui godono alcuni consociati in virtù dei fattori dapprima evocati. E questa condizione, se non è indirizzata verso la cura e il soddisfacimento di interessi generali, con particolare cura per le istanze di protezione avanzate dai soggetti deboli (Ainis), rischia di compromettere proprio quella coesione sociale che la stessa Tania Groppi considera un ingrediente imprescindibile affinché una struttura sociale possa sopravvivere e progredire: «data la natura relazionale dell'eguaglianza – e della diseguaglianza –, infatti, diventa necessario confrontarsi con la struttura della società e con la distribuzione delle risorse: non è più sufficiente la lotta alla povertà e al bisogno, ma occorre una trasformazione dello *status quo*» (pag. 43).

L'attualità del prestigio sociale, quale valore che di fatto finisce col discriminare i consociati tra coloro che lo possiedono (e ne traggono utilità e benefici) e quanti, al contrario, ne difettano, impone di confrontarsi con l'amara e spietata realtà delle interazioni umane. Osservano, infatti, Wesółowski e Domanski, citando Weber, che l'esperienza quotidiana dimostra come tutti coloro che godono di una situazione "migliore" - in termini di successo politico, di status economico, di salute fisica e via dicendo - avvertano il «bisogno instancabile di poter definire 'legittimo' il contrasto esistente» a loro favore, e di «poter considerare 'meritata' la propria situazione».

Il prestigio sociale, anche al di fuori di ogni intelaiatura gerarchica, alimenta la domanda di *riscatto sociale* presso coloro che avvertono il peso concreto di tale elemento di discriminazione. Per quanto sia difficile immaginare oggi una società divisa

tra dominatori e dominati, dove i primi siano titolati di precedenza e beneficiari di obblighi di sottomissione da parte dei secondi, nondimeno il prestigio sociale, così radicato nella coscienza collettiva, finisce col creare diseguaglianze di fatto e col tradire la pari dignità sociale evocata dalla nostra Costituzione. Persino nei contesti in cui formalmente è escluso ogni vincolo di subordinazione gerarchica (si pensi alla magistratura, ai sensi dell'art. 107 terzo comma, Cost., o alla docenza universitaria), il peso del prestigio sociale si avverte in modo tangibile, e sarebbe un errore ignorare questa circostanza suffragata dalla realtà dei fatti. Il prestigio sociale di alcune professioni rispetto ad altre è anch'esso un dato di fatto, corroborato da studi svolti con metodo scientifico (Carillo e Zazzaro). Si pensi all'indagine condotta nel 1977 da Donald J. Treiman, il quale constatò una diffusa condivisione, su scala mondiale, dei criteri di valutazione del prestigio relativo all'occupazione. In *Quaderni di sociologia* del 2007, Laura Accornero e Cinzia Meraviglia hanno pubblicato un saggio recante una tabella che riporta, in scala, il tasso di desiderabilità delle professioni in Italia secondo proprio il prestigio sociale percepito dagli intervistati: non sorprende che il lavoro manuale occupi le posizioni più basse.

Il prestigio sociale è tuttora un caparbio fattore di discriminazione discreta. Si pensi alle dinamiche relazionali sia all'interno delle scuole (nella interazione tra genitori "qualificati" e corpo docente), sia nella scelta dei percorsi formativi. Gli studi condotti in materia dimostrano come la formazione professionale sia sovente giudicata socialmente meno prestigiosa tanto dagli studenti quanto soprattutto dalle rispettive famiglie. Anche i canali di accesso al mondo del lavoro variano secondo fattori che risentono parecchio del prestigio sociale della famiglia di appartenenza, che non raramente svolge un ruolo determinante nel garantire ad alcuni, e non a tutti, le occasioni più propizie per una occupazione di un certo rilievo. Cobalti e Schizzerotto hanno, al riguardo, dimostrato la presenza di un elevato grado di persistenza nella trasmissione intergenerazionale del prestigio sociale: l'istruzione dei figli non è l'unico canale attraverso cui il contesto familiare esercita il suo influsso sui loro destini, sussistendo un effetto diretto dell'occupazione paterna sulla scelta dei figli e quindi sulla loro collocazione sociale (Fabbri e Rossi). Il prestigio sociale è, poi, l'elemento essenziale per l'ammissione in associazioni o circoli privati che a loro volta alimentano dinamiche di appartenenza esclusiva ed escludente: ambiti, questi, in cui è possibile intrecciare relazioni utili dal punto di vista anche professionale. Specie all'interno di comunità più o meno ristrette (il piccolo Comune, il quartiere di una grande metropoli), il prestigio sociale conferisce un significativo tasso di autorevolezza da spendere in termini di visibilità e di credito: si pensi ai "notabili" dei paesi che si contendono le posizioni strategiche anche dal punto di vista istituzionale. In effetti, non è affatto infrequente imbattersi in processi di selezione della classe politica dirigente che risentono in modo decisivo del prestigio sociale degli interessati,

piuttosto che delle concrete attitudini ed esperienze di pratica democratica in contatto stretto con la realtà dei fatti.

La lotta alle gerarchie, dunque, va spostata sul terreno del prestigio sociale in attesa che si porti a compimento quel progetto di “pari dignità sociale” al quale sarà dedicato l’ultimo paragrafo di questo scritto.

5. Appare riduttivo circoscrivere la nozione democraticamente sostenibile di mobilità sociale al pieno sviluppo della personalità e all’effettiva partecipazione alla vita comunitaria. Non si può, infatti, escludere che il figlio del muratore che svolge la stessa professione del padre abbia in questo modo sviluppato appieno la propria personalità, non vedendosi preclusa la partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese. E lo stesso vale per la figlia dell’avvocato che, una volta superato l’esame di Stato, entra a pieno titolo nello studio del padre. Senonché, il divario tra i due è evidente sia in termini di “prestigio sociale”, sia dal punto di vista del reddito percepito. La condizione suggerita da Tania Groppi si rivela soddisfatta, ma in entrambi i casi il futuro dei due ragazzi ha seguito un percorso già predefinito.

A questo proposito riecheggiano le agghiaccianti parole pronunciate dal Tribunale di Milano nel 1971, in occasione del noto “caso Gennarino”: «nella ipotesi di menomazione fisica derivante da fatto illecito a danno di un bambino non ancora pervenuto all’età lavorativa (cinque anni), la percentuale di invalidità permanente, che deve rapportarsi alla sua prevedibile attività futura, e l’ammontare presumibile del futuro reddito, vanno determinati in base al lavoro svolto dal padre, dovendosi ritenere che il bambino, nel futuro, svolgerà la stessa professione del padre e raggiungerà un eguale grado di specializzazione (nella specie, manovale generico)». Certamente si trattava di un caso di responsabilità extracontrattuale, rispetto al quale si pose, prima dell’avvento del danno biologico, un problema di liquidazione del danno patito a seguito di incidente. Nondimeno, in quella desolante pronuncia si coglie uno stantio senso di difesa del classismo, una arrendevole sottomissione ad un fato che dispensa diseguaglianze, che nega speranza di riscatto sociale a chi (e penso ai genitori di “Gennarino”) avrebbero voluto per il loro bambino un futuro lontano dai cantieri, dalla calce, da badili, martelli, cazzuole, dalla polvere che intasa i polmoni, dal sole che brucia la pelle, e soprattutto dai tanti rischi di incidenti sul lavoro che in questi contesti sono drammaticamente reali e concreti.

La mobilità sociale, se usata come strumento e non come fine da raggiungere, può aiutare a comprendere quali e quante siano le probabilità per una persona che inizia il proprio viaggio nella vita sociale partendo da una condizione di svantaggio, di affrancarsi da un destino che per molti versi pare non dargli alcuna *chance* di miglioramento. Sempre che si riconosca – e mi pare francamente difficile non farlo

– che i ruoli e le professioni non sono tutte assimilabili quanto alla loro capacità di generare benessere e serenità alle persone.

6. Quali sono, dunque, gli antidoti costituzionali alla possibile deriva, in senso gerarchico, della mobilità sociale e del merito?

Non c'è alcun automatismo che leghi la mobilità sociale (e il merito) alla paventata competizione che porterebbe in trionfo i vincitori e che precipiterebbe nell'oblio e nella desolazione i vinti. E questo ce lo dice proprio la nostra Costituzione, là dove innanzitutto esige l'adempimento dei doveri inderogabili di *solidarietà* sociale, economica e politica.

La mobilità sociale, letta in una dimensione compatibile con la democrazia costituzionale più volte evocata da Tania Groppi, è, in effetti, rappresentabile anche come prossimità ai centri di potere.

Tutte le società si sviluppano assecondando una vasta congerie di eterogenee decisioni che concorrono a tracciarne le linee evolutive (o involutive) in un orizzonte temporale sufficientemente ampio. Detto altrimenti, il «progresso materiale o spirituale della società», come recita il secondo comma dell'art. 4 Cost., è scandito da decisioni assunte nei vari ambiti di potere: politico, istituzionale, economico, persino culturale (sulla *Responsabilità degli intellettuali* come non citare Noam Chomsky?). In questi centri di potere si annida, peraltro, il già evocato «prestigio sociale» ed è proprio lì che si concentra quella «borghesia» che, negli studi e nelle analisi sulla mobilità sociale, rappresenta la metà agognata da chi insegue il proprio riscatto sociale.

Ebbene, la nostra Costituzione non prefigura certo il «potere» quale condizione individuale (se riferita alle persone) o collettiva (se riferita alle formazioni sociali) con la quale far valere una presunta supremazia gerarchica nei confronti del resto della comunità. Il potere è, innanzitutto, al servizio degli interessi generali, vale a dire di quelle aspirazioni o tensioni ideali verso esigenze il cui soddisfacimento è un bene per l'intera e indistinta società. Persino il potere economico non è completamente «libero» da questo punto di vista, sol che si pensi alle clausole generali enunciate negli artt. 41 e seguenti della Costituzione, a cominciare da quella dell'«utilità sociale».

Così come il potere è intimamente ancorato al metodo democratico, che non riguarda soltanto la sfera delle istituzioni rappresentative, toccando, in maniera più o meno tangibile, anche le altre forme di potere. Si pensi ai riferimenti alla democrazia contenuti nella Costituzione in relazione alle forze armate o ai partiti o ai sindacati. Si pensi ai limiti che, complessivamente, condizionano la libertà di manifestazione del pensiero. Persino in campo economico non manca in Costituzione una ipotesi di democratizzazione delle imprese, come si evince dalla lettura dell'art. 46.

Ancor di più le variegata forme di potere sono accomunate dalla condivisa soggezione ai già citati doveri inderogabili di solidarietà che è appunto – testualmente – politica, economia e sociale.

Come ha scritto qualche anno fa Giubboni, la solidarietà «evoca un concetto antico, un primigenio sentimento morale di empatia, coesistente alla intrinseca socialità dell'uomo e, quindi, alla stessa idea di diritto e di ordine sociale e giuridico». Dal canto suo Fioravanti, nel suo pregevole commento all'art. 2, ricorda come la nostra Costituzione guardi ad «una società reale (...) con il suo carico di contraddizioni e di aspirazioni, autoraffigurandosi come luogo entro cui i cittadini con le loro organizzazioni (...) discutono e competono» al fine di «attuare solidalmente» quell'indirizzo politico costituzionale che racchiude i «principi fondamentali di giustizia». Elevando «uno sbarramento all'individualismo esasperato», come ha colto con la consueta finezza Guido Alpa, la solidarietà sottrae il potere, e le sue dinamiche operative, dall'abbraccio mortale con quell'egoismo che connota anche le esasperazioni della mobilità sociale.

Chi conquista o accede al potere, pur provenendo da una realtà familiare e sociale ben distante dalle sue “stanze”, ha il *dovere* di condividere con i più sfortunati (sia quelli che non sono riusciti a riscattarsi, sia coloro che hanno visto peggiorare la loro iniziale condizione di vita), il peso dei tanti problemi che affliggono la società. Non più nuovi adepti del potere sottratti alla massa e promossi nell'élite della società, come denunciava – lo si è visto grazie a Tania Groppi – Don Milani, ma persone che, mosse da un indefettibile senso di empatia e appunto di solidarietà, sono chiamate a trasmettere la loro esperienza di vita realmente vissuta al servizio dei più fragili.

Tania Groppi cita il caso di Sonia Sotomayor, che noi tutti conosciamo come giudice della Corte suprema degli Stati Uniti: dal Bronx a Washington, dalle case popolari all'apice del sistema giudiziario nordamericano, dal proletariato dei sobborghi alla borghesia cittadina. L'Autrice, memore delle vicende avverse che invece hanno caratterizzato il destino esistenziale del cugino della stessa Sotomayor, osserva come spesso la mobilità sociale sia determinata da fattori che prescindono dallo sforzo individuale, restando un “mistero”, «qualcosa di indefinito che emerge dal fondo della personalità e che può riguardare, per dirla con le parole di James Hillman, il *daimon* che guida i destini delle nostre vite».

Per quanto la vicenda di Sonia Sotomayor possa essere citata quale dimostrazione delle tante incognite che avvulpano i fenomeni di mobilità sociale, la sua storia è importante anche dal punto di vista qui considerato e, cioè, quello del potere al servizio dei più fragili. Non è, infatti, un caso se Barack Obama, quando nel maggio del 2009 annunciò la designazione di Sonia Sotomayor alla Corte suprema, oltre a lodarne le indiscusse e conclamate qualità e competenze professionali, sottolineò come la sua esperienza di vita «can give a person a common touch and a sense of compassion; an understanding of how the world

works and how ordinary people live. And that is why it is a necessary ingredient in the kind of justice we need on the Supreme Court». Una nomina, questa, dettata dalla volontà di riporre fiducia in una «inspiring woman» la cui carriera è «not only a sweeping overview of the American judicial system, but a practical understanding of how the law works in the everyday lives of the American people. Along the way she's faced down barriers, overcome the odds, lived out the American Dream that brought her parents here so long ago. And even as she has accomplished so much in her life, she has never forgotten where she began, never lost touch with the community that supported her».

In questa dichiarazione è sintetizzata in modo sublime l'idea, compatibile con i principi di una matura democrazia costituzionale, della funzionalizzazione del potere al servizio di chi normalmente soccombe nella feroce gara della vita. Non solo. In essa è chiaramente avvertibile la consapevolezza che la mobilità sociale possa condurre nelle «stanze del potere» chi possiede, oltre ad un adeguato *curriculum*, una sensibilità pratica scaturita e alimentata da un percorso esistenziale in cui i problemi che il potere stesso è chiamato a gestire e a risolvere sono stati vissuti per davvero, e non sono il frutto di mere elucubrazioni teoriche.

Non così la pensava Luigi Einaudi nelle sue *Lezioni di politica sociale* del 1949.

In contrapposizione all'idea di una evoluzione sociale basata sulla gara della vita, Einaudi enfatizzò il ruolo decisivo della famiglia, elemento fondamentale dell'unità sociale quale luogo di sedimentazione di esperienze e di rapporti: «se ad ogni generazione si dovesse ricominciare dallo zero, codesto patrimonio di tradizioni e di relazioni, spesso assai più prezioso del patrimonio pecuniario e materiale, andrebbe disperso, senza vantaggio per nessuno». La netta opposizione al metodo selettivo affiora nelle pagine dedicate all'accesso in magistratura. Posto che l'indipendenza dell'ordine giudiziario è un «bene massimo», essa «non si ottiene abilitando i giovani forniti del sesto senso necessario ad emergere nella vita (...), ad addottorarsi grazie a borse di studio in legge ed a partecipare, tra i venti e i venticinque anni, ai concorsi di ammissione alla carriera giudiziaria. Il concorso attesta, forse, l'attitudine alla interpretazione della legge; non, quel che soprattutto conta, la fermezza del carattere morale». Anzi, il concorso eguaglia l'arrivista e l'uomo retto. Inoltre, i concorsi «eccitano anche le ambizioni e sono scuole di servilismo verso chi deve pronunciare il giudizio». Pertanto, sono necessari correttivi «se si vuole che il magistrato sia libero, con rimedi ispirati a criteri che formalmente fanno di privilegio e di disuguaglianza». Il criterio familiare è, dunque, quello da privilegiare: «di padre in figlio si tramanda il deposito di massime, di tradizioni, di vita riservata, di orgoglio di appartenere ad un ceto posto fuori e al di sopra del resto del mondo che può produrre quel fiore supremo della civiltà, che è il magistrato incorruttibile». Diversamente, quindi, dai nuovi venuti, «tratti da ceti sociali mercantili o agricoli» che oscillano tra il non far torto a nessuno ed il rendere giustizia a tutti i costi. Le recenti vicende che hanno investito

parte della magistratura italiana sembrano smentire questa impostazione, atteso che alcuni tra i protagonisti in negativo di tali recenti accadimenti sembrano proprio soddisfare le condizioni che Einaudi reputava ottimali per una sana amministrazione della giustizia.

Torniamo alla lettura del caso Sotomayor sottoposta in queste pagine.

Può apparire inconsueto ragionare in termini di empatia, di sentimenti, di “cuore” (tante volte invocato da Tania Groppi), specie da parte degli interpreti del diritto costituzionale, ma gli steccati che un tempo delimitavano il perimetro di azione delle categorie giuridiche sono da tempo esposti a fenomeni di erosione che ne riducono sensibilmente l’attitudine preclusiva. Dunque, non è improprio accostare la democrazia all’empatia, come del resto sapientemente fa proprio Tania Groppi, confermando la plausibilità delle riflessioni originate dal caso Sotomayor. Noi tutti siamo sollecitati a prendere consapevolezza che «la lotta contro le diseguaglianze, la coesione sociale, l’anelito al pieno sviluppo della persona umana fanno parte della nostra identità costituzionale: una identità aperta al futuro e, potremmo dire, alla speranza» (pag. 90). Come hanno dimostrato Antonio Damasio e Martha Nussbaum – prosegue l’Autrice – le decisioni che sono espressione di potere non riposano più soltanto sul calcolo razionale o su strategie opportunistiche, ma anche da emozioni e sentimenti. «Questa crescita individuale – una crescita in consapevolezza ed empatia – richiede in primo luogo a ciascuno di noi di essere il “giardiniere di sé stesso”, cioè di coltivare la propria vita interiore, di avere cura di sé, di tenere desta consapevolezza, sensibilità, capacità di giudizio, per essere pronti ad applicarle nelle relazioni con gli altri, quando, inevitabilmente, i casi della vita ce lo richiederanno» (pag. 97).

La circolazione tra strati sociali, con particolare riferimento al raggiungimento dei luoghi del potere, deve dunque essere accompagnata da una chiara e responsabile percezione dei fraterni vincoli di solidarietà che, in una società che anela la coesione come antidoto ad eventuali spinte centrifughe del pluralismo, avvincono tutti i consociati in una fitta trama di relazioni cooperative, mosse appunto da attitudini empatiche. Ed è proprio il sistema democratico a poter beneficiare di questa circolazione. Nel suo celeberrimo e sempre attuale manuale di diritto costituzionale, consapevole della circostanza che disparità sociali troppo marcate avrebbero reso più arduo il funzionamento democratico dello stato, Paolo Biscaretti di Ruffia considerò «assai opportuno, per tale ultima finalità, un agevole e continuo ricambio nelle classi dirigenti, attraverso l’opportunità data ai cittadini più meritevoli di assurgere a funzioni di rilievo nella società». In questa cornice il merito acquista un inedito significato, assai più pregnante rispetto alla sua consueta interpretazione: merita considerazione chi, sfuggendo da un destino avverso, ha dimostrato di possedere le qualità per un esercizio solidale del potere, prendendosi cura di quanti non sono riusciti nell’impresa e subiscono quotidianamente tutte le

contraddizioni e le iniquità che anche una società *well ordered* (Rawls) non riesce a inibire o, per lo meno, a correggere.

7. Se il principio costituzionale della pari dignità sociale venisse preso sul serio, allora potremmo dedicarci ad altri temi e non a quello esemplarmente trattato da Tania Groppi. La pari dignità sociale presa sul serio annullerebbe ogni distanza legittimata dal diverso prestigio sociale innanzitutto delle professioni. Alcuna considerazione maggiore verrebbe riconosciuta a taluni consociati in virtù del ruolo ricoperto nella società. Gli smascherati effetti distorsivi del prestigio sociale verrebbero inibiti da comportamenti e scelte accomunate dalla generale attitudine a riconoscere a tutte e a tutti, indiscriminatamente, una qualità infungibile e una posizione altrettanto unica e non riproducibile come membri a pieno titolo del consorzio sociale.

Questa condizione esige lo sforzo non solo delle istituzioni, ma forse ancor prima di noi tutti. L'art. 3 non si rivolge solo ai pubblici poteri, a cominciare dal legislatore, avendo come destinatari tutti i consociati, chiamati peraltro dall'art. 54 ad osservare la Costituzione. Il nostro "patriottismo costituzionale" non può esaurirsi in un atteggiamento di mero ossequio alla legge fondamentale, dovendosi invece manifestare in comportamenti e scelte autenticamente informate al suo spirito, ai valori da essa consacrati, alle promesse disseminate in un testo così carico di visione e di lungimiranza.

La pari dignità sociale non va intesa solo in una accezione protettiva, quale preclusione di ogni forma di stigma ascrivibile a specifiche categorie di persone (si pensi alla sentenza n. 186 del 2020, sulla preclusione per i richiedenti asilo del diritto a iscriversi all'anagrafe dei residenti, senza una causa giustificatrice idonea). Questo principio esprime potenzialità ancora da scoprire sul versante della piena promozione della persona come entità che concorre, secondo le proprie attitudini e inclinazioni e secondo le proprie possibilità, a favorire la stabilità e lo sviluppo della società di cui è parte integrante, al pari di qualsiasi altro consociato. In questo senso, anche il merito potrebbe assumere una accezione inedita, tale da superare le obiezioni che Tania Groppi, e anche tanti altri, hanno formulato. Un merito che sia intimamente connesso, anzi rigidamente saldato alla pari dignità sociale di ognuno, quale contributo che i consociati, assecondando le rispettive capacità (Sen e Nussbaum), possono offrire e garantire alla società come condivisione di pesi e soddisfacimento di interessi generali. Un merito, quindi, che smarrirebbe le denunciate attitudini esclusive e discriminanti, foriere in quanto tali da pregiudizievoli tensioni competitive, per acquisire invece il senso di una guida per orientare il cammino di ognuno, aiutando a scoprire i propri talenti, le proprie potenzialità. Tutto ciò, però, non in una visione meramente individualistica, ma secondo una prospettiva che enfatizzi il ruolo sociale delle persone.

Tania Groppi più volte insiste sulla necessità di un radicale cambiamento culturale come congeniale forma di contrasto alle gerarchie. Marco Ruotolo, in uno scritto del 2013, sottolineava come le istanze di eguaglianza e di pari dignità sociale esigessero la cultura quale strumento tra i più efficaci di limitazione del potere e, quindi, di inveramento del costituzionalismo. La Costituzione stimola un simile processo culturale elargendo non solo principi e norme, ma anche valori (ossia, concezioni ideali) e punti di vista idonei a suggerire, ad incentivare, talora ad indirizzare discretamente ma con forza il cambiamento sociale. Tutto ciò nella consapevolezza che il vero divario non è forse tra il “sopra” e il “sotto”, tra il potente che decide e la massa che subisce passivamente, bensì tra i predestinati *in melius* e i predestinati *in peius*. Cioè tra coloro che nascono e crescono in condizioni tali da garantire loro ogni occasione utile per il pieno sviluppo della personalità e quanti, all’opposto, intraprendono il proprio cammino esistenziale seguendo un percorso già tracciato negativamente.

Ebbene, in questo modo può trovare compimento la rivoluzione promessa attraverso l’enunciazione del principio di eguaglianza sostanziale, da cui affiora, come ha perspicuamente osservato Tania Groppi, «una visione aperta e mobile della società», ossia «una società pronta non solo ad accogliere, ma ad incoraggiare e sostenere il cambiamento e i cammini di ciascuno, ove ogni persona, liberata dalla zavorra che la tiene immobilizzata (...) possa fiorire e trovare il posto più consono alle sue aspirazioni, inclusa la partecipazione alla classe dirigente». Con l’avvertenza che mai «il punto di approdo, quale che sia, implichi alcun giudizio di valore sulle scelte, le capacità, i destini personali» (pag. 55).

Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà “digitale”*

GERARDO SCOTTI**

Sommario

1. Premessa. – 2. La Solidarietà per i Padri Costituenti. – 3. Le origini della solidarietà nel contesto europeo: quale possibile spazio per la solidarietà digitale? – 4. Solidarietà come regola giuridica: i nuovi ambiti e i nuovi destinatari. – 5. Il diritto di accesso ad Internet e la cittadinanza digitale. – 6. Una possibile consacrazione costituzionale della solidarietà digitale. – 7. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

G. SCOTTI, *Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà “digitale”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Estratto rieditato tratto da G. SCOTTI, *Solidarietà digitale Innovare per resistere, rinnovare per esistere*, Independently published, 2020.

** Referente unico per l’Innovazione digitale e la comunicazione in Ferservizi S.p.A. Indirizzo mail: ger91@hotmail.it.

1. Premessa

«Questa è la natura stessa delle emergenze. Accelerano i processi che in un periodo normale avrebbero richiesto anni». Così Yuval Noah Harari sulla natura delle emergenze.

Con la medesima forza dirompente capace anche di rivoluzionare, l'emergenza sanitaria Covid-19 ha squarciato i veli torpidi che per decenni hanno offuscato i limiti della società contemporanea. Con una forza globale, ha distrutto confini, ha fatto emergere vizi, difetti e limiti del potere e del processo burocratico dell'amministrazione, ha ripristinato il valore del tempo ponendo l'accento sull'importanza del tempo dei valori.

Una parola su tutte riemerge con tutta la sua straordinaria storia innovatrice e rinnovatrice: "solidarietà".

Stefano Rodotà, eccezionale giurista dei diritti, a proposito di solidarietà, si domandava se essa fosse «virtù dei tempi difficili o sentimento repubblicano»¹, in ogni caso qualificandola come un'utopia necessaria, che «scardina barriere, demolisce la nuda logica del potere, costruisce legami (...), un antidoto a un realismo rassegnato che non lascia speranze, che non lascia diritti».

La storia della solidarietà è paradossale: etimologicamente nasce come termine prevalentemente giuridico, avente alla base "*in solidum*", ossia l'obbligazione solidale da parte del condebitore. Dalla stessa parola latina deriva, poi, anche l'attuale "soldo" nel senso di moneta avente un valore stabile nel tempo e, poi, "soldato", inizialmente mercenario che prestava servizio a soldo.

Solo con la Rivoluzione francese, invece, la *solidarité* diviene espressione politica del senso di fratellanza, di fraternità provato dai cittadini della medesima nazione.

Strano come un termine oggi colmo e carico di senso di umanità, di senso del dovere, di fratellanza, possa rinvenire, invece, le sue radici etimologiche in un'accezione estremamente materialistica, imperniata su una visione puramente economica e patrimonialistica quale quella delle obbligazioni.

Eppure, forse, la natura più intima e profonda della solidarietà, quella intimamente connessa ad un sentimento di pietas umana (ma non solo), la si trova proprio in quel concetto di obbligazione solidale, dove il senso del dovere impone al condebitore di intervenire attivamente affinché il debito dell'obbligato principale sia saldato, estinto. E non è un caso, invero, se la solidarietà è inserita all'interno della nostra Costituzione all'art. 2, meglio definita come un "dovere inderogabile".

Se ci si dimentica che la solidarietà è un dovere, probabilmente cade tutta l'impalcatura dei diritti. Ma a ben vedere, se ci si dimentica della solidarietà cade

¹ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Editore Laterza, Roma – Bari, 2016.

altresì una notevole ed importantissima serie di doveri costituzionali. Insomma, se viene meno la solidarietà, è fortemente a rischio il principio democratico.

Si potrebbe probabilmente affermare che, da un punto di vista storico, se la “rivoluzione dell’eguaglianza” è stata il connotato della modernità e la “rivoluzione della dignità” è stata quello del Novecento post-bellico, sicuramente la “rivoluzione della solidarietà”, anche intesa come solidarietà digitale, caratterizza il nostro tempo.

Il tema principale su cui ci si soffermerà con particolare attenzione è la peculiare qualificazione che il principio di solidarietà sta acquisendo nell’attuale società digitalizzata, una società nella quale la dimensione umana non si svolge esclusivamente in quel contesto sociale, politico ed economico che ha contraddistinto per secoli le comunità umane, ma si svolge con prepotente forza anche all’interno di una dimensione digitale della cittadinanza e della società a trazione tecnologica. Dall’*habeas corpus* all’*habeas data*. La tutela dell’individuo, la sua personalità, i suoi diritti e i suoi doveri, le sue possibilità, sempre più spesso sono oggi fortemente connesse alla rete, al web, ai servizi digitali, al lavoro da remoto, all’accesso alla dimensione digitale, ove e attraverso la quale si espleta la sua personalità e si rendono effettivi uguaglianza e partecipazione alla vita democratica. Una dimensione all’interno della quale spesso si annidano ostacoli, non solo di ordine politico e sociale, come indicato dall’art. 3 della Costituzione, ma anche giuridici, vuoti normativi dovuti all’incapacità del diritto di orientare l’innovazione e il progresso. Ostacoli, tuttavia, da rimuovere secondo il dovere di solidarietà ed uguaglianza per garantire il «pieno sviluppo della persona umana».

Discutere di solidarietà è però un terreno scivoloso in quanto rischia di far cadere nella solita “retorica dei diritti”, tralasciando l’altra faccia della medaglia: quella dei doveri. Alla meticolosa attenzione con cui, soprattutto a partire dalla fine del Secondo conflitto mondiale, si è guardato in tutti gli ordinamenti giuridici all’affermazione dei diritti dell’uomo, non è corrisposta un’uguale insistenza sulla positivizzazione dei correlati doveri (e delle relative responsabilità), con un conseguente squilibrio tra elementi che presentano una indiscutibile omogeneità di fine e sono chiamati a caratterizzare, in condizione di pari ordinazione, le finalità primarie che il sistema sociale e politico ha la necessità di perseguire².

E, dunque, la domanda a cui si cercherà di fornire un’adeguata risposta è sostanzialmente una: esiste, oggi, un principio di solidarietà digitale? E poi porta con sé un altro possibile dubbio: è opportuno che quel catalogo costituzionale di aggettivi caratterizzanti il principio di solidarietà – politica, economica e sociale - si arricchisca del qualificativo “digitale”? Per intenderci, quella clausola in bianco, quella porta sulla modernità e sul futuro già previsto dai Padri Costituenti, l’art. 2

² A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

della Costituzione, che va a braccetto con l'art. 3 comma 2, ha bisogno oggi di formalizzare, oltre ad una dimensione sociale, economica, politica, quella digitale, che è ormai parte essenziale dell'agire umano? Una formalizzazione che, impressa nella pietra miliare della dimensione giuridica e normativa, possa essere non più solo rimessa al diritto vivente o ricavabile da un'interpretazione esclusivamente giurisprudenziale, anche piuttosto visionaria, ma possa anche sancire una precondizione per l'esercizio di taluni diritti o la soggezione a taluni doveri, nonché costituire uno dei compiti dello Stato per assicurare, ex art. 3 comma 2 della Costituzione, la tanto richiesta eguaglianza sostanziale.

Trasformazione digitale, solidarietà, ecosostenibilità: questi i corollari necessari per garantire una visione rinnovata e sostenibile della realtà che ci attende.

Un futuro migliore è possibile solo se lo è per tutti. E perché, del resto, una età dei diritti è sempre una età del costituzionalismo, un'età dove cresce fortemente la possibilità di tessere una nuova trama di diritti.

Discutere di solidarietà digitale ci fa entrare in una dimensione nuova ma non del tutto ignota ed inesplorata, in un terreno giuridico e sociale non sconosciuto ma continuamente cangiante, dinamico, da analizzare e «depurare dall'occasionale e dal transitorio, talora così forti e abbaglianti da indurre a conclusioni e costruzioni che la straordinaria dinamica della realtà poi precocemente travolge»³. Analizzare i diritti nuovi connessi con la dimensione digitale dell'individuo, mondo in cui la tecnologia incontra diritti e libertà, crea uno spazio politico, economico e sociale, significa parlare di processi reali. Tali trasformazioni giuridiche e sociali, figlie dalla trasformazione digitale, possono essere interpretate e correttamente governate se e soltanto se si sviluppano strumenti «prospettici», ridefinendo i principi fondativi delle libertà individuali e collettive.

2. La Solidarietà per i Padri Costituenti

Ripercorrendo il percorso effettuato dai Padri costituenti, si nota come la prima formulazione dell'art. 2 della nostra Costituzione – proposto l'11 settembre 1946 all'approvazione della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione – fosse la seguente: «*La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia, la libertà e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo sia come singolo, sia nelle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona*».

Tale formulazione non faceva alcun richiamo ai doveri: e ciò non in quanto mancasse la percezione della solidarietà come contenuto essenziale del modello di

³ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, Roma, 2014.

società e di persona che si voleva affermare, quanto piuttosto perché la previsione di doveri individuali era ritenuta implicitamente affermata mediante il riferimento alla socialità della persona⁴.

Il 24 gennaio 1947, la Commissione per la Costituzione approva – con una richiesta di revisione della dizione “diritti di libertà” – la seguente formulazione:

«Per tutelare i principî sacri ed inviolabili di autonomia e dignità della persona, e di umanità e giustizia fra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce ai singoli ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità i diritti di libertà e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale», sicché il testo definitivo dell'art. 6 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione e sottoposto all'Assemblea Costituente diventa *«Per tutelare i principî inviolabili e sacri di autonomia e dignità della persona e di umanità e giustizia fra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce i diritti essenziali agli individui ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale»*.

In questa prima fase non possono non balzare agli occhi alcuni passaggi fondamentali del processo costituente. Innanzitutto, dai verbali del 30 luglio 1946, ci si rende conto – attraverso le parole di La Pira – quanto importante fosse proiettare nella Costituzione lo specchio della realtà sociale, la struttura reale del corpo sociale. Nelle sedute successive, infatti, lo stesso relatore La Pira ebbe modo di evidenziare che *«quando parla di diritti dell'uomo non intende soltanto riferirsi ai diritti individuali di cui parlano le Carte costituzionali del 1789, ma anche ai diritti sociali e delle comunità, attraverso le quali la persona umana si integra e si espande»*⁵, affrontando in tal modo il tema del pluralismo giuridico e dell'idea di Stato che corrisponde alle esigenze sociali e alla struttura organica del corpo sociale del suo tempo.

Del resto, in ogni caso, il motivo di base delle valutazioni di La Pira (primo relatore dell'articolo insieme al socialista Lelio Basso), era quello secondo cui la Costituzione, in risposta alla crisi di valori del regime fascista, dovesse riaffermare solennemente i diritti naturali – imprescrittibili, sacri, originari – della persona umana e costruire la struttura dello Stato in funzione di essi. Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato. E, inoltre, tali diritti essenziali non potevano limitarsi al riconoscimento dei diritti civili e politici, ma dovevano estendersi ai diritti sociali (diritti sui quali, lo stesso Basso, ebbe poi modo, più volte, di confermarne l'indispensabilità).

⁴ E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, in *Gruppo di Pisa Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale* – Seminario tenutosi presso l'Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa” di Napoli in data 18 ottobre 2018.

⁵ Verbale del 9 settembre 1946 dell'Assemblea Costituente.

Aderendo a tale orientamento, la stessa Sottocommissione confermò la validità dell'impostazione e, difatti, la relazione al progetto successivamente presentato all'Assemblea sottolineerà una preliminare esigenza da garantire: il rispetto della personalità umana.

Al riguardo, la relazione afferma che *«qui è la radice delle libertà, anzi della libertà, cui fanno capo tutti i diritti che ne prendono il nome. Libertà vuol dire responsabilità. Né i diritti di libertà si possono scompagnare dai doveri di solidarietà di cui sono l'altro ed inscindibile aspetto. Dopo che si è scatenata nel mondo tanta efferatezza e bestialità, si sente veramente il bisogno di riaffermare che i rapporti fra gli uomini devono essere umani»*⁶. Altresì essenziale il riferimento alla solidarietà come espressione di diritti e doveri per la realizzazione del comune progresso quando afferma che *«Col giusto risalto dato alla personalità dell'uomo non vengono meno i compiti dello Stato. Se le prime enunciazioni dei diritti dell'uomo erano avvolte da un'aureola d'individualismo, si è poi sviluppato, attraverso le stesse lotte sociali, il senso della solidarietà umana. Le dichiarazioni dei doveri si accompagnano mazzinianamente a quelle dei diritti. Contro la concezione tedesca che riduceva a semplici riflessi i diritti individuali, diritti e doveri avvincono reciprocamente la Repubblica ed i cittadini. Caduta la deformazione totalitaria del «tutto dallo Stato, tutto allo Stato, tutto per lo Stato», rimane pur sempre allo Stato, nel rispetto delle libertà individuali, la suprema potestà regolatrice della vita in comune. «Lo Stato — diceva Mazzini — non è arbitrio di tutti, ma libertà operante per tutti, in un mondo il quale, checché da altri si dica, ha sete di autorità». Spetta ai cittadini di partecipare attivamente alla gestione della cosa pubblica, rendendo effettiva e piena la sovranità popolare. Spetta alla Repubblica di stabilire e difendere, con l'autorità e con la forza che costituzionalmente le sono riconosciute, le condizioni di ordine e di sicurezza necessarie perché gli uomini siano liberati dal timore e le libertà di tutti coesistano nel comune progresso»*⁷. Sulla rilevanza del giusto equilibrio tra diritti e doveri, invero, merita evidenza anche l'intervento di Francesco De Vita (esponente del Partito Repubblicano), secondo il quale *“il diritto senza il dovere fa il padrone, il dovere senza il diritto fa il servo; solo equilibrando diritti e doveri si fa l'uomo veramente libero”*⁸

La discussione in seno all'Assemblea non fu meno vivace, ma decretò la riformulazione dell'articolo 2 in quella oggi nota, con la richiesta del *«l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*.

⁶ Dalla Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, presentato alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6.2.1947.

⁷ *Ibidem.*

⁸ F. DE VITA, intervento nella seduta della Prima Sottocommissione del 10 settembre 1946.

Quando si parla di solidarietà e dell’articolo 2 della Costituzione come colonna portante dell’ordinamento democratico non si esagera. Le parole di La Pira ne sono una dimostrazione quando illustra il reale significato di questo articolo affermando che *«i diritti degli individui e delle formazioni sociali. Questo è l'articolo che governa l'architettura di tutto l'edificio»*.

Il principio di solidarietà, tuttavia, non si erige solo in forza dell’art. 2 della Costituzione, ma richiede un inevitabile aggancio e collegamento con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3. In effetti, con una sincerità fuori dal comune panorama costituzionale internazionale, la Costituzione italiana riconosce l’astrattezza dell’affermazione formale dell’uguaglianza e assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della persona. La solidarietà, viene così a garantire uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali⁹.

Al riguardo, è pure importante la sottolineatura posta dall’intervento di Ravagnan nella seduta dell’Assemblea del 15 marzo 1947, allorché non manca di sottolineare che il progetto non solo dà il riconoscimento dei “*diritti di libertà*” ma pure *«la garanzia dell'effettivo godimento di questi diritti, cioè la garanzia della rimozione degli ostacoli che si frappongono al libero godimento dei diritti di libertà e dei diritti economici e sociali (...) prendendo lo Stato l'impegno di rimuovere gli ostacoli di carattere economico e sociale che si frappongono all'esercizio e al godimento di questi diritti, [costituendo tale norma non un mero programma, ma] un impegno che il legislatore costituzionale affida al legislatore ordinario, quello di emanare leggi e disposizioni, le quali attuino questa garanzia e la rendano effettiva»*.

E non è un caso se nelle sedute immediatamente successive l’Assemblea proporrà di modificare la posizione degli artt. 6 e 7 dell’originario Progetto negli attuali artt. 2 e 3 della Carta, soffermandosi ulteriormente sulle esigenze soddisfatte dalla norma: *«Abbiamo obbedito a due diverse esigenze: da un lato, come si notava, si trattava di dare una migliore specificazione ed individuazione di queste formazioni sociali, alle quali vogliamo vedere riconosciuti i diritti essenziali di libertà. E le individuiamo e specifichiamo in questo modo, presentandole come quelle nelle quali si esprime e si svolge la dignità e la libertà dell'uomo. Facendo riferimento all'uomo come titolare di un diritto che trova una sua espressione nella formazione sociale, noi possiamo chiarire nettamente il carattere umanistico che essenzialmente spetta alle formazioni sociali che noi vogliamo vedere garantite in questo articolo della Costituzione»*.

E da un altro punto di vista, il parlare in questo caso di diritti dell'uomo, sia come singolo, e sia nelle formazioni sociali, mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che una ulteriore esplicazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti in questo

⁹ A. COSTANZO, *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*, disponibile all’indirizzo www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf.

articolo costituzionale all'uomo come tale. Si mette in rilievo cioè la fonte della dignità, dell'autonomia e della libertà di queste formazioni sociali, le quali sono espressioni della libertà umana, espressione dei diritti essenziali dell'uomo, e come tali debbono essere valutate e riconosciute.

In questo modo noi poniamo un coerente svolgimento democratico; poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità, ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale»¹⁰.

Ecco, quindi, giungere a noi la formale veste costituzionale del principio di solidarietà per come consacrato nell'art. 2 della Carta e coadiuvato dal comma due dell'art. 3.

Nell'art. 3 comma 2 la Costituzione italiana riconosce l'astrattezza dell'affermazione formale dell'uguaglianza e assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli all'effettivo sviluppo della persona. La solidarietà varrebbe a garantire uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali¹¹. Ne deriva che il sistema giuridico della solidarietà, declinato in svariate figure di doveri costituzionali nonché in previsioni di situazioni giuridiche a carattere sociale, da un lato «incorpora» il concetto di uguaglianza sostanziale e dall'altro assume una particolare rilevanza e trova una sua prima specificazione attraverso l'art. 3 Cost., che contribuisce a delineare il principio solidaristico in termini di integrazione della persona nella vita dell'ordinamento e della collettività¹².

Dunque, il quadro giuridico costituzionale in cui nasce il principio di solidarietà è fondamentalmente sviluppato intorno ai concetti basilari di libertà, dignità umana ed esaltazione della persona, sia come singolo sia come membro di una comunità in cui vive. Ciò non toglie, tuttavia, la necessità di rivalutare lo stesso principio alla luce anche della “doverosità dei diritti” che esso richiama: pur se a

¹⁰ Intervento dell'On. Moro durante la seduta dell'Assemblea Costituente del 24.3.1947.

¹¹ A. COSTANZO, *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*, disponibile all'indirizzo www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf.

¹² A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, cit.

volte svalutato e ritenuto quasi un pericolo per le società moderne, l’art. 2 richiede necessariamente “un coordinamento sistematico tra diritti e doveri”¹³.

Mentre la dottrina tende in generale a negare una automatica reciprocità tra diritti e doveri, ritenendo che il principio personalista imponga quasi automaticamente il primato dei diritti della persona e della loro tendenziale incomprimibilità, la Corte costituzionale, pur con una certa difficoltà iniziale nel riconoscere valore giuridico autonomo alla categoria dei doveri inderogabili¹⁴, nella sua giurisprudenza più recente pare cogliere ed affermare l’esistenza di un nesso tra diritti e doveri. In una significativa pronuncia in tema di condizione degli apolidi, la Corte ha stabilito che questi ultimi fanno parte «di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall’art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l’appunto, dal legame stretto di cittadinanza»¹⁵. È pur vero che, tuttavia, dalle pronunce della Corte costituzionale si evince la necessità che, almeno nel campo della solidarietà verticale, sia una specifica disposizione legislativa, nel rispetto della Costituzione nonché del principio di sussidiarietà, a disciplinare i casi e le modalità affinché il principio solidaristico si possa affermare. La Corte riconosce, nella sostanza, la necessità dell’*interpositio legislatoris* nella concretizzazione dei principi irrinunciabili di un ordinamento a vocazione sociale¹⁶. Appare tuttavia corretto sostenere che, per tutti i diritti di prestazione inclusi nella Carta fondamentale, la garanzia costituzionale «non è una garanzia di tipo semplicemente legale o legislativo, ma è la garanzia propria dei diritti costituzionali (spesso dei diritti inviolabili) e dei valori costituzionali (spesso dei valori primari o supremi)», in quanto «il fondamento della pretesa non sta nella legge che la rende eventualmente e gradualmente possibile in concreto, ma nella Costituzione»¹⁷.

¹³ Al riguardo, G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 81 del 1958.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 172 del 1999.

¹⁶ Sul tema anche V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2002.

¹⁷ A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit.

Emerge dunque con chiarezza il rapporto fra solidarietà, principio personalista, connessione della persona alla comunità in cui agisce e, quindi, doveri. La solidarietà affermata dall'art. 2, quale ratio giustificatrice dei doveri imposti dalla Costituzione, è, infatti, inscindibilmente connessa al principio personalista: due principi che, come noto, non possono essere “separabili né concettualmente né praticamente (...): essi sono piuttosto la medesima cosa o, per meglio dire, il principio solidarista è quello personalista in azione, in alcune delle sue più genuine (forse, proprio la più genuina delle) espressioni che ne consentono il pieno appagamento”¹⁸. Entrambi i principi hanno definito il concetto di persona, inevitabilmente rapportata ad una connessione inter-relazionale in cui all'origine dell'”io” c'è necessariamente un “noi”, continuamente mutevole con le proprie esigenze, necessità e valori¹⁹.

Analizzare il principio di solidarietà, soprattutto se calato nella nuova dimensione digitale dell'esistenza, dei diritti, delle connessioni, rafforza necessariamente la centralità della riflessione sul giusto equilibrio tra diritti e doveri, senza cadere nella banale dimensione generalista ed universalista dei soli diritti (quella che, in talune circostanze, alcuni autorevoli giuristi hanno definito come non tanto un'”età dei diritti” quanto una “sagra dei diritti”: ed, invero, così come dalle tre storiche dimensioni della solidarietà (politica, economica e sociale) derivano “doveri” od “obblighi” costituzionali ben delineati – si pensi, per quanto attiene alla solidarietà politica, al dovere “civico” del voto ex art. 48 Cost. e il dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54; per la solidarietà economica, invece, si pensi al dovere tributario ex art. 53; o, infine, relativamente alla solidarietà sociale, si considerino il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4, secondo nonché l'obbligo di istruirsi di cui all'art. 34, secondo comma²⁰ - analogamente, la possibile consacrazione di una dimensione digitale della solidarietà potrebbe stimolare un'analisi critica in merito non solo ai diritti ma anche ai doveri (in capo ai cittadini, alle comunità intermedie, alle imprese, allo Stato) che ne deriverebbero.

¹⁸ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 17, 2013.

¹⁹ Sul tema F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 29. Osserva M. CARTABIA, *I titolari dei diritti fondamentali: a) i singoli e le formazioni sociali. Il principio personalista*, in V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2014, pp. 97-98, che “il protagonista dei diritti fondamentali è un “io” alla cui origine c'è un “noi”. Il soggetto titolare dei diritti fondamentali è quindi un essere relazionale”.

²⁰ Sulla classificazione si veda A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 aprile 2015.

Pertanto, sebbene l'analisi delle situazioni giuridiche solo ora accennate andrebbe approfondita con maggiore attenzione resta comunque la considerazione che il dettato costituzionale postula inevitabilmente una stretta connessione tra diritti e doveri. E ciò in quanto, secondo l'evidente ispirazione costituzionale, persona e società devono svilupparsi insieme²¹.

Ciò premesso, la nuova veste giuridica che può assumere il principio di solidarietà non può dissociarsi dai mutamenti reali che la società globale sta vivendo: trasformazioni digitali, sempre più incisive nella sfera giuridica dei diritti e dei doveri delle persone, si concretizzano. Nuovi diritti, nuovi doveri, nuove responsabilità inducono il giurista moderno, il politico contemporaneo, il filosofo e intellettuale di oggi, a studiarne le dinamiche, a favorirne la diffusione positiva, a coglierne gli aspetti con un imperativo categorico che ambisce ad essere una nuova forma di solidarietà, digitale, appunto: nessuno resti indietro.

Al riguardo, infatti, la mancata realizzazione dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale ha come conseguenza diretta l'attenuazione della sensibilità solidaristica: come sapientemente sottolinea A. Ruggeri, “solidarietà ed eguaglianza, unite saldamente assieme, costituiscono la prima e più efficace risorsa di cui l'ordinamento dispone al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, alle generazioni future”²².

3. Le origini della solidarietà nel contesto europeo: quale possibile spazio per la solidarietà digitale?

Ancor più che nella nostra Carta costituzionale, il principio di solidarietà trova ampio riconoscimento nelle fonti normative del diritto europeo. A dir vero, l'Unione Europea trova ragion d'essere proprio nel forte senso di solidarietà e fratellanza fra gli Stati fondatori dell'Unione, accumulati originariamente da ambiziosi obiettivi di carattere economico e, successivamente, politico e sociale.

La solidarietà è, invero, il principio base del processo di integrazione europea, seppur oggi offuscata da taluni individualismi economici che hanno a volte fatto tentennare il reale processo di integrazione politica e sociale. I Trattati fondativi, a partire da quello istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio del

²¹ E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, in Gruppo di Pisa *Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale* – Seminario tenutosi presso l'Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa” di Napoli in data 18 ottobre 2018. Sul punto v. anche G. PECES, B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in AA.VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, UTET Giuridica, Torino, 1990; E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

²² A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017.

1951 e da quello sulla Comunità Economica Europea del 1957, richiamavano espressamente il vincolo solidaristico e, inoltre, facevano riferimento alla coesione economica e sociale²³.

In particolare, il principio di solidarietà è affermato nel preambolo e nell'art.3 par. 3 del Trattato UE ove si afferma come obiettivo dell'Unione sia la promozione della coesione economica e sociale e della solidarietà tra gli Stati. Il citato preambolo prevede, infatti, la dichiarazione solenne secondo la quale uno degli obiettivi dell'UE è quello di «intensificare la solidarietà» tra i popoli degli Stati membri «rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni»²⁴.

Analogamente, lo stesso TFUE pone il principio solidaristico tra quelli “guida” dell'azione europea, soprattutto nelle materie di libertà di circolazione, asilo, immigrazione, esplicitando che è intenzione dell'Unione «confermare la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare» e «assicurare lo sviluppo della loro prosperità conformemente ai principi dello statuto delle Nazioni Unite».

Nella Terza relazione sulla coesione economica e sociale del 2004 della Commissione europea «la politica di coesione, uno dei pilastri della costruzione europea insieme al mercato unico e all'unione monetaria, è l'unica politica dell'Unione europea che affronta in modo esplicito le disuguaglianze economiche e sociali. Si tratta, pertanto, di una politica molto specifica, che comporta un trasferimento di risorse tra Stati membri attraverso il bilancio dell'Unione, allo scopo di assistere la crescita economica e lo sviluppo sostenibile attraverso l'investimento nelle persone e nel capitale fisico».

L'Unione Europea, dunque, richiama spesso una solidarietà economica e sociale²⁵. Invero, la stessa è posta altresì alla base di alcuni importanti documenti,

²³ Sul concetto di “coesione sociale” si veda Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

²⁴ Sono stati richiamati anche i concetti di «sviluppo sostenibile», «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», «elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», «progresso scientifico e tecnologico», «la giustizia e la protezione sociali», «la parità tra donne e uomini», «la solidarietà tra le generazioni», «la tutela dei diritti del minore», «la coesione economica, sociale e territoriale», «la solidarietà tra gli Stati membri» (articolo 3, paragrafo 3, TUE).

²⁵ Sul tema, C. BERCHTOLD, *Solidarity in the EU: Wishful Thinking or Status Quo? Analysing the Paradox of EU Solidarity and National Sovereignty in Civil Protection in the Context of Art. 222 TFEU (Solidarity Clause)*, Leibniz Universität, Hannover, 2020, <https://doi.org/10.15488/9245>, in particolare negli anni '80 il concetto di solidarietà era maggiormente legato alla necessità di costruire un mercato comune, ma poi ha via via acquisito una valenza sempre più ampia rispetto allo sviluppo di un'identità europea; oppure E. POLI, *L'Unione Europea oltre il trauma: integrazione e solidarietà nell'era post-Brexit e Covid 19*, in *Istituto Affari Internazionali*, 2020, secondo cui “Nel Preambolo del

tra cui vanno necessariamente ricordati la Carta sociale europea e la Carta europea dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, oggi esplicitamente menzionate dal Trattato di Lisbona. E ancora, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, approvata a Nizza nel 2000, avente oggi, in virtù di una disposizione del Trattato di Lisbona, vincolatività giuridica, dedica l’intero Capo IV alla «Solidarietà», ricomprendendovi le disposizioni sul diritto al lavoro e sugli specifici diritti dei lavoratori (tra i quali il diritto all’informazione, alla negoziazione e alle azioni collettive, all’accesso ai servizi di collocamento, alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, a condizioni di lavoro giuste ed eque), sulla sicurezza sociale e l’assistenza sociale, sulla protezione della salute, sulla tutela dell’ambiente e sulla protezione dei consumatori²⁶.

Del resto, le origini dell’Unione trovano le proprie fondamenta in una comunanza di ideali e valori comunque inizialmente preordinati ad un’unità economica, la CEE appunto. Sono le spinte economiche ad aver dato forte impulso al processo di integrazione.

È interessante notare come quelle spinte economiche oggi potrebbero ben essere paragonate alle spinte digitali ed innovative. È ormai noto che un settore determinante, strategico nella geopolitica mondiale, sia rappresentato dal settore delle tecnologie. Le potenze mondiali stanno innalzando i propri investimenti nella tecnologia e già vi sono scontri colossali nel settore della Cybersecurity, dell’economia dei dati, del Fintech. Nuove alleanze, nuove coesioni si sviluppano fra Stati e multinazionali dell’Innovazione.

L’Unione Europea, dal canto suo, all’indomani dell’emergere della pandemia Covid-19 non può non ritrovare una coesione ed una politica comune nel settore della ricerca tecnologica e del digitale. Ed allora, così come nel secondo dopoguerra gli altissimi ideali di fratellanza europea furono comunque fatti confluire in una Unione fra Stati, almeno caratterizzata da comuni politiche economiche e sociali, oggi l’emergenza e la crisi economica che imperversa in tutti gli Stati del Vecchio continente richiede un ulteriore slancio comune e

Trattato sull’Unione europea viene sottolineato come lo scopo dell’Ue sia di approfondire la solidarietà, che non solo viene definita come un valore fondante dell’Ue (art. 2 Tue) ma anche come la base per combattere l’esclusione sociale e la disuguaglianza (art. 3 Tue). La solidarietà è inoltre un principio guida dell’azione europea nella scena interazionale (art. 21 Tue) e della sua politica estera e di sicurezza (art. 24 e 31 Tue)”; ancora, sull’articolo 222 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e sulla clausola di solidarietà che impegna gli Stati membri dell’Unione europea a essere solidali tra loro in situazioni di crisi causate da catastrofi naturali o provocate dall’uomo e da attacchi terroristici, v. Andrea SANGIOVANNI, “*Solidarity in the European Union*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n. 2, 2013.

²⁶ A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit.

solidaristico, che non può non andare nel senso della trasformazione digitale. Ed ecco dunque che i recentissimi piani strategici europei iniziano a parlare non più solo e soltanto di coesione economica e sociale ma anche di «accrescere la competitività digitale ed economica e la coesione digitale in tutta l'Unione»²⁷. L'aggettivo «digitale», dunque, inizia a qualificare in maniera incisiva termini, concetti e principi prima calati in una dimensione esclusivamente economica, politica o sociale. E, dunque, una rinnovata solidarietà.

Dal 2014, infatti, la Commissione europea ha sviluppato una serie di iniziative per facilitare lo sviluppo di un'economia agile basata sui dati, quali il regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali, il regolamento sulla cibersicurezza, la direttiva sui dati aperti e il GDPR.

Nel 2018 la Commissione ha presentato per la prima volta una strategia per l'IA e ha concordato un piano coordinato con gli Stati membri. Nell'aprile 2019 il gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale ha presentato gli orientamenti etici per un'IA affidabile, basati sul quadro per l'IA presentato il 19 febbraio 2020.

Nei suoi orientamenti politici l'attuale presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha sottolineato la necessità di guidare la transizione verso un pianeta in salute e un nuovo mondo digitale²⁸.

Altro aspetto in comune tra lo slancio che diede il via alla fondazione dell'UE rispetto al periodo attuale – che potrebbe o forse dovrebbe prevedere una rinascita o un risorgimento europeo dal punto di vista digitale e dal punto di vista della solidarietà fra i popoli - è dato dal fatto che, paradossalmente ieri la solidarietà economica e sociale, oggi quella digitale, si dimostrano effervescenti in periodi caratterizzati dal trionfo degli Stati nazionali. E, invero, i primi germi che diedero vita all'UE iniziano a scorgersi già nel 1849 quando Victor Hugo, nel celebre discorso al Congresso per la pace del 1849 affermò che «*un jour viendra où vous France, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne*». La solidarietà è presente nel pensiero e nei sogni di coloro che, soprattutto nei tempi bui della Seconda guerra mondiale, credono alla necessità dell'integrazione europea come rimedio all'orrore: Einaudi, Spinelli, Sturzo²⁹. Analogamente, oggi, la solidarietà, nella dimensione digitale, impone uno sforzo

²⁷ Dal Comunicato Stampa del Consiglio dell'UE del 7.6.2019

²⁸ Dal sito della Commissione Europea, al link www.ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it.

²⁹ R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2010.

per superare la crisi, per fronteggiare i grandi cambiamenti, per non rimanere indietro.

Nel passato, il tema della solidarietà comparve nel discorso del ministro degli esteri francese Robert Schuman del 9 maggio 1950: «*L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*». Una solidarietà di fatto, richiamata peraltro anche da Dionigi Tettamanzi nella misura in cui vi sarebbe la necessità per l'Europa del “perseguire e diffondersi della prassi della solidarietà”³⁰.

Secondo l'idea originaria, dunque, la realizzazione della solidarietà economica sarebbe stato uno strumento tattico per un obiettivo strategico ben più alto, la solidarietà politica³¹.

Parallelamente, oggi si potrebbe altresì affermare che la solidarietà digitale, oltre a costituire strumento indispensabile per realizzare la solidarietà sociale, è indispensabile per la realizzazione di un'Unione Europea all'altezza delle ambizioni economiche e politiche che non solo il futuro, ma già il presente, le impone. Una solidarietà che costituirà fattore determinante per la realizzazione dei propri obiettivi di sostenibilità economica, sociale, ambientale e digitale.

La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE ripropone il legame tra diritti e solidarietà nel Preambolo e applica la solidarietà a diversi rapporti (artt. 27 e seguenti).

Tuttavia, rispetto ai trattati originari, la Carta prescrive l'intreccio tra interessi individuali ed esigenze sociali³², sviluppando in questo intreccio armonico di diritti il c.d. *European Dream*: «*The European Dream emphasizes community relationship over individual autonomy, cultural diversity over assimilation, quality of life over the accumulation of wealth, sustainable development over unlimited material growth, deep play over unrelenting toil, universal human rights and the rights of nature over property rights, and global cooperation over the unilateral exercise of power*»³³.

Illuminanti, in merito alla necessaria “rivoluzione digitale” avviata nel 2015 dall'UE, alcune frasi del Manifesto di Ventotene, utili a mettere in luce come questa trasformazione in atto potrebbe ben costituire, analogamente a quanto

³⁰ D. TETTAMANZI, *La solidarietà sfida per l'Europa*, in *La Repubblica*, 8.10.2009.

³¹ B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna, 2009.

³² S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2005; cfr. anche S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2005.

³³ J. RIFKIN, *The European Dream. How Europe's Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, Tarcherperigree, New York, 2005.

avvenuto in passato intorno al concetto di unità economica e sociale, una ritrovata spinta solidaristica capace di rafforzare i legami fra i popoli: «Oggi è il momento in cui bisogna saper gettare via vecchi fardelli divenuti ingombranti, tenersi pronti al nuovo che sopraggiunge, così diverso da tutto quello che si era immaginato, scartare gli inetti fra i vecchi e suscitare nuove energie fra i giovani. Oggi si cercano e si incontrano, cominciando a tessere la trama del futuro, coloro che hanno scorto i motivi dell'attuale crisi della civiltà europea, e che perciò raccolgono l'eredità di tutti i movimenti di elevazione dell'umanità, naufragati per incomprensione del fine da raggiungere o dei mezzi come raggiungerlo. La via da percorrere non è facile, né sicura. Ma deve essere percorsa, e lo sarà!».

Nel far ciò potrebbe, tuttavia, rendersi indispensabile un'operazione volta a rideclinare il rapporto tra uguaglianza/solidarietà oggi presente a livello europeo, ancora prevalentemente caratterizzato in un'ottica marcatamente internazionalista, in obblighi e vantaggi tra Stati e poco direttamente tra individui³⁴. Un'attività, questa, che contribuirebbe, tra l'altro, a far riflettere ulteriormente, nel panorama europeo, al nesso tra democrazia e solidarietà³⁵, attribuendo al principio in esame una funzione baricentrica in ordine a temi e questioni di effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona, non solo in ambito economico³⁶ o di politica estera e di immigrazione.

Il principio di solidarietà, pertanto, potrà fornire un contributo decisivo nelle politiche digitali che l'UE sta approntando (si pensi al Next Generation UE, Digital Europe, alle riflessioni su Etica e AI, su blockchain e e-democracy): in particolare, potrebbe fungere da bussola nella definizione del quadro di principi digitali quali l'accesso a una connettività di alta qualità, a competenze digitali sufficienti, a servizi pubblici e a servizi online equi e non discriminatori, che, più in generale, garantirà che gli stessi diritti applicabili nel mondo offline possano essere pienamente esercitati online³⁷.

³⁴ Su tale dimensione della solidarietà si registrano comunque alcune sentenze della CGUE, approfondite in A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Si pensi, ad esempio, al ruolo assunto dal principio di solidarietà nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 70/2015 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale del blocco della rivalutazione automatica delle pensioni di anzianità e di vecchiaia, una delle misure cardine delle politiche di austerità poste in essere in Italia dal 2011 in poi.

³⁷ In particolare, l'UE ambisce a raggiungere entro il 2030 quattro risultati: 1) almeno l'80% dei cittadini UE dovrà essere dotato di competenze digitali e dovranno esserci almeno 20 milioni di professionisti qualificati nei settori IT; 2) infrastrutture digitali sostenibili, sicure e performanti; 3) tre imprese su quattro dovranno usare servizi cloud, big data, intelligenza artificiale e oltre il 90% delle PMI dovrà essere raggiungere un livello minimo di intensità digitale; 4) tutti i servizi pubblici principali dovrebbero essere

4. Solidarietà come regola giuridica: i nuovi ambiti e i nuovi destinatari

La regola morale, divenuta regola giuridica si è fatta carica di responsabilità, di doveri, di compiti, inadempiti i quali, la norma rimane priva della sua efficacia, svilendo la solidarietà a mero sentimento umano rimesso alla pietà, alla carità, al senso di fratellanza. Incapace, quindi, di raggiungere gli obiettivi giuridici che si è proposta.

La solidarietà costituzionalizzata e resa uguaglianza sostanziale in ragione dell’obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono, di fatto, il pieno sviluppo della persona, trova concreta declinazione nell’elencazione di una serie di diritti e doveri dei consociati richiedenti, in molti casi, un intervento positivo dello Stato al fine di garantirne reale attuazione. Si pensi al diritto al lavoro, su tutti.

Ma la trasformazione digitale della società, il suo carattere trasversale rispetto a limiti e confini nazionali e internazionali, richiede probabilmente un cambio di paradigma anche rispetto ai soggetti destinatari dell’obbligo di rimuovere questi ostacoli.

La trasformazione digitale, affinché possa realmente concretizzarsi, richiede l’adempimento dello Stato agli obblighi di solidarietà digitale. Ma non solo dello Stato.

È ormai superata quella originaria interpretazione che intendeva destinatario dell’obbligo di solidarietà esclusivamente il potere statale. Tale norma costituzionale è, invece, applicabile direttamente a tutti i rapporti giuridici. La rilettura più interessante è quella che ha, anzi, ritenuto il principio di solidarietà applicabile a tutti i rapporti giuridici, anche di diritto privato, finalizzati all’utilità sociale³⁸. Un principio che, nella sua accezione connessa alla doverosità, non costituisce solo una clausola generale ma un dovere che incide sia in ambito personale che patrimoniale.

Ed invero, gli ambiti di applicazione del principio di solidarietà sono numerosissimi. La sua applicazione, originariamente ristretta al settore del diritto di famiglia, si è poi espansa: basti pensare alla rilettura del diritto di proprietà ex art. 42 Cost. o alla materia successoria. Analogamente, la disciplina dei contratti è stata reinterpreta secondo una rilettura costituzionalmente orientata e basata sul principio di solidarietà. O, ancora, alla disciplina che - anche per effetto della normativa europea- ha mirato a tutelare soggetti deboli quali, ad esempio, il consumatore.

disponibili online, tutti i cittadini avranno accesso alla propria cartella clinica elettronica e l’80% dei cittadini dovrebbe utilizzare l’identificazione digitale (eID).

³⁸ A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1999.

La solidarietà ha valenza applicativa trasversale: riguarda tutti e ovunque. È clausola generale che porta giustizia ed eguaglianza nelle situazioni giuridiche.

Parlare di solidarietà digitale, oggi, significa estendere i complessi ambiti dell'agire umano in una impalcatura di diritti e doveri anche traslati nell'area digitale, ove tutto sembra essere rimesso alla legge del più forte. Parlare oggi di sanità digitale, di pubblica amministrazione, di sistemi di pagamento, di e-commerce, di fintech, di cittadinanza digitale, significa essere consapevoli che solo la rimozione di barriere infrastrutturali, culturali, tecnologiche e formative, potrà consentire una reale tutela della libertà e della dignità umana.

Solo attraverso un'attuazione orizzontale degli obblighi di solidarietà digitale si può realizzare un effettivo e concreto cambio strutturale e culturale della società in cui si vive.

Viviamo una delle epoche di maggiore cambiamento e tale cambiamento viaggia a velocità esponenziali. Intelligenza artificiale, *big data*, *deep learning*, *blockchain*, computer quantistici, 5G: mai nella sua storia l'uomo ha viaggiato così velocemente. Mai nella sua storia l'uomo ha così bisogno di concreta solidarietà per non morire sotto il peso della disuguaglianza.

Ed è importante riconoscere che l'obbligo di solidarietà, di rimozione degli ostacoli digitali, non riguarda esclusivamente lo Stato, le sue articolazioni, ma concerne tutti i soggetti e gli operatori abilitati e abilitanti all'utilizzo di tecnologie e servizi digitali: le multinazionali dell'innovazione, le grandi realtà della comunicazione, Google, Facebook, Amazon. Queste realtà sono, infatti, sempre più potenze economiche e digitali sempre più capaci di determinare e di orientare politiche, stili di vita e di lavoro, condizioni culturali.

Pertanto, la «moderna visione della dimensione della solidarietà, andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e superando l'ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti, costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, mentre, per altro verso, mira ad ottenere – non solo dallo Stato, dagli Enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini – la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità»³⁹.

5. Il diritto di accesso ad Internet e la cittadinanza digitale

Una delle principali declinazioni pratiche delle situazioni giuridiche potenzialmente derivanti dalla solidarietà digitale e dagli obblighi ad essa connessi

³⁹ Corte Costituzionale, 31 dicembre 1993, n. 500.

concerne la rimozione degli ostacoli di ogni genere per consentire a chiunque di accedere alla dimensione digitale: dunque, il diritto di accesso ad Internet.

Il diritto di accesso alla Rete, definito all’art. 2 della Dichiarazione dei diritti in Internet⁴⁰, va inteso non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d’essere della persona nel mondo, dunque come effetto di una nuova distribuzione del potere sociale e come una sintesi tra una situazione strumentale e l’indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare nella dimensione digitale.⁴¹

Questa lettura innovativa della dimensione esplicativa di diritti prodotta dalla Rete è stata efficacemente illustrata da Rodotà in relazione alla disputa tra i due padri fondatori della rete, Vinton Cerf e Tim Berners-Lee. Il primo sostiene l’inqualificabilità giuridica di un diritto di accesso a Internet nella misura in cui i diritti riguarderebbero solo i risultati da raggiungere (libertà di manifestare il proprio pensiero) e non lo strumento utilizzato. Come sottolineato da Rodotà, tuttavia, l’equivoco sta proprio nel considerare Internet solo un mezzo e non una dimensione esplicativa di diritti. Al contrario, come sostenuto da Berners-Lee, l’accesso ad Internet può essere paragonato all’accesso all’acqua, nella prospettiva del rapporto tra persone e beni, con i relativi diritti come strumenti che consentono a ogni interessato di poter utilizzare concretamente beni essenziali per la loro esistenza. Si prospetta, in tal senso, quella necessaria esigenza del costituzionalismo moderno di riconoscere giuridicamente i c.d. beni comuni, ossia quei beni strumentali all’esercizio dei diritti fondamentali dell’individuo e che, per tali motivi, non debbono intendersi esclusivamente e riduttivamente quali beni, ma come qualcosa di più intimamente connesso alla libera e dignitosa esistenza dell’individuo.

Dunque, il riconoscimento dell’accesso ad internet quale diritto strettamente collegato all’esercizio del set di diritti funzionali allo sviluppo della personalità dell’individuo, merita una profonda riflessione in un periodo di profonda trasformazione digitale, di creazione di un mercato unico europeo dei dati, di transizione al digitale.

Garantire l’accesso alla rete, a tutti, indiscriminatamente, consente di rimuovere qualsiasi ostacolo digitale per garantire alle persone di accedere, a mero titolo esemplificativo, ad una serie di servizi digitali concernenti diritti e libertà fondamentali: l’accesso al servizio SPID, l’identità digitale elettronica utilizzabile per accedere, ad esempio, al proprio fascicolo sanitario elettronico, richiede

⁴⁰ Tale documento è stato elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte e della riunione della stessa Commissione del 14 luglio 2015. La Dichiarazione avrebbe dovuto costituire una sorta di Guida per il Legislatore.

⁴¹ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, cit.

necessariamente la disponibilità di una connessione alla Rete; la possibilità di effettuare pagamenti online, di ricevere notifiche al proprio domicilio digitale; la possibilità di partecipare a forme di e-democracy; la possibilità di accedere ai servizi della Pubblica Amministrazione; e, in ogni caso, di accedere alle informazioni e alle realtà social.

Il diritto di accesso a Internet è da considerarsi, quindi, un diritto sociale, o meglio una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica⁴².

Ciò che fino a poco tempo fa era considerato uno strumento – la rete – è oggi una dimensione dell'esistenza umana. Ecco perché il diritto di accesso alla rete è una delle più dirette conseguenze della garanzia di un principio di solidarietà digitale. Non è un caso che si sia addirittura discusso sulla possibilità di prevedere l'espressa garanzia costituzionale, nella forma di un diritto fondamentale, per il diritto ad Internet, ritenuta concreta quando la natura propria del mezzo corrisponde alla possibilità di ogni persona di utilizzarlo direttamente⁴³. Sempre secondo Rodotà, ad esempio, l'apertura verso un diritto a Internet rafforza indirettamente, ma in modo evidente, il principio di neutralità della rete e la considerazione della conoscenza in rete come bene comune, al quale deve sempre essere possibile l'accesso.

Da ciò deriva un ulteriore aspetto: l'accesso ad Internet, la proiezione della propria persona fisica nella dimensione digitale, va considerata come componente fondamentale della nuova forma di cittadinanza, quella digitale, appunto. La cittadinanza digitale, in tal senso, diviene preconditione della stessa democrazia.

Solidarietà digitale – rimozione di ogni ostacolo all'accesso ad internet – cittadinanza digitale: è questo un costrutto analogo a quello che nella realtà fisica permette a ciascuno di vivere la propria esistenza. L'uguaglianza sostanziale passa attraverso il riconoscimento espresso della concretezza della vita digitale, non più mera realtà astratta, non più non-luogo, ma spazio in cui la persona umana proietta i propri dati, le proprie idee, le proprie competenze, in cui vive le proprie esperienze, esercita diritti, fornisce il proprio contributo lavorativo, esercita attività d'impresa. Spazio in cui, insomma, esercita diritti.

È solo così che si coglie la capacità della cittadinanza digitale di contribuire alla definizione e costruzione del complessivo patrimonio di diritti che si proietta al di là di ogni luogo, e che appunto chiamiamo cittadinanza, senza aggettivi⁴⁴.

⁴² T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO, *Il diritto di accesso ad Internet* (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

⁴³ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, cit.

⁴⁴ *Ivi*.

La solidarietà digitale è, quindi, alla base di una nuova idea di cittadinanza, quella digitale. Una solidarietà che, come già confermato dalla giurisprudenza costituzionale, non trova applicazione solo nei confronti dei “cittadini” ma, senz’altro, anche ai non cittadini, a maggior ragione nel caso della sua qualificazione digitale.

La costruzione dei diritti digitali, la trasformazione digitale, la spinta all’innovazione, allo *smart working*, all’*e-government*, all’*e-commerce*, alla sanità digitale, hanno progressivamente attribuito alle persone uno status digitale, comprendente diritti economici, sociali, politici.

Questo processo ha, ad esempio, trovato un riconoscimento in Italia con il D.lgs. 217 del 13.12.2017 che ha introdotto all’interno del Capo I del Codice dell’Amministrazione Digitale, la c.d. Carta della Cittadinanza digitale che sancisce il diritto di cittadini e imprese «anche attraverso l’utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (...) di accedere a tutti i dati, documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale (...) al fine di garantire la semplificazione nell’accesso ai servizi alla persona» e «riducendo la necessità dell’accesso fisico agli uffici pubblici».

Altro esempio: i diritti digitali sanciti dal CAD riguardano il diritto all’uso di soluzioni e di tecnologie per poter colloquiare in modalità digitale con le Amministrazioni, il diritto alla identità digitale, il diritto di accesso telematico ai dati, alle informazioni e ai documenti, il diritto all’amministrazione digitale, il diritto alla sicurezza informatica dei propri dati personali e del patrimonio informativo pubblico, il diritto alla qualità dei servizi erogati in rete, il diritto alla partecipazione democratica elettronica.

Particolare rilevanza, inoltre, stanno acquisendo il diritto di eleggere un domicilio digitale al quale ricevere atti e notifiche con lo stesso valore giuridico delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno. O, ancora, la firma digitale che insieme alla firma qualificata, alla firma elettronica e allo SPID, integrano la forma scritta, facendo acquisire al documento elettronico la stessa efficacia giuridica della scrittura privata di cui all’art. 2702 del Codice civile.

Infine lo SPID, Sistema Pubblico per la gestione dell’Identità Digitale dei cittadini e imprese, che permette di accedere ai servizi online offerti dalla PA con un’unica identità digitale, definita come la “rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l’insieme dei dati e registrati in forma digitale”.

Ciò che emerge chiaramente è, dunque, un nuovo necessario rapporto tra il concetto di cittadinanza digitale, sfuggevole alla dimensione nazionale e sovrana, chiusa in confini territoriali e limitata alla persona fisica, e la libertà, la neutralità, l’indipendenza, la globalità e l’universalità della Rete, della dimensione digitale.

La necessità di una cittadinanza digitale che tuteli l’accesso alla rete e il nostro “corpo elettronico”, la nostra immagine riflessa o costruita nel mondo digitale, il

background formativo necessario per operare con consapevolezza e piena libertà nella nuova dimensione, la pressante richiesta di una tutela dei dati personali, il diritto all'oblio, sono termini di un nuovo rapporto tra democrazia e diritti.

Sviluppare una politica legislativa, aziendale, sociale, orizzontale, che coltivi e realizzi una piena solidarietà digitale, distruttrice dei limiti e degli ostacoli alla reale espressione dell'individuo in una realtà non fisica, diviene fondamentale per costruire una società globale della digitalizzazione garante dei diritti fondamentali dell'uomo.

In tal senso va, infatti, *Il Manifesto di Repubblica Digitale*, l'iniziativa del Ministero per l'Innovazione tecnologica e la digitalizzazione, quando al secondo principio nomina la "cittadinanza digitale" ed introduce il concetto secondo cui lo Stato e le imprese devono essere "*digital by default*", ossia tutti i processi amministrativi devono essere re-ingegnerizzati in chiave digitale e tutti i servizi pubblici e privati devono essere progettati in maniera rispettosa dei diritti fondamentali, ponendo al centro le esigenze di cittadini e utenti e offerti in modalità innanzitutto digitale.

È chiaro che questo nuovo modo di intendere il rapporto cittadino e amministrazione in termini di una nuova cittadinanza digitale deve trovare una sua piena alfabetizzazione informatica, quale diritto sociale di cui la Repubblica deve assicurare a tutti la fruizione, e in particolare il diritto all'istruzione e il diritto allo sviluppo culturale informatico, ritenuto dalla Corte costituzionale «corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni»⁴⁵.

6. Una possibile consacrazione costituzionale della solidarietà digitale

L'indivisibilità dei diritti – civili, politici, sociali o connessi alla dimensione digitale e tecnologica – esprime il pieno bisogno di tutela della persona umana, sia come singolo sia come esponente di una comunità ormai globale.

In particolare, anche sviluppando un'idea di cittadinanza digitale, svincolata dall'appartenenza territoriale e fondata sulla garanzia di una serie di diritti fondamentali riconosciuti all'individuo in quanto persona, si coglie l'essenziale esigenza di una solidarietà digitale attuativa dell'eguaglianza sostanziale.

La possibilità di accedere ad alcuni beni fondamentali della vita, dunque, non può essere considerata come un semplice "sostegno" offerto dal diritto alle persone. Diviene una "condizione" della cittadinanza e una "precondizione" della

⁴⁵ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, cit.

stessa democrazia, innestandosi l'eguaglianza come condizione di vita inscindibile dalla dignità della persona⁴⁶.

Se, dunque, la società cambia sull'onda di una forza digitale *disruptive* e nel contempo le opportunità di partecipazione a questa società divengono sempre più spesso liquide e digitali, è necessario che politica e legislatore si facciano garanti di un diritto al libero accesso alla dimensione digitale, rimuovendo gli ostacoli di ogni ordine sanciti all'articolo 3, secondo comma, della nostra Costituzione.

Il costituzionalismo moderno, analogamente a quanto fatto in alcuni Paesi – soprattutto del Sudamerica – relativamente alla consacrazione formale di norme costituzionali poste a tutela e salvaguardia dell'ambiente anche in un'ottica di solidarietà intergenerazionale o, proprio, dell'*habeas data costituzionale*⁴⁷, potrebbe aprirsi ad una consacrazione costituzionale del principio di solidarietà digitale.

È forse giunto il momento, all'alba di quello che alcuni definiscono un “risorgimento digitale”, di pensare ad un sistema di diritti e doveri che consenta alla persona di poter liberamente accedere, operare, salvaguardare i propri dati e la propria immagine, in una realtà che non sia obbligatoriamente fisica e che, oggi più che mai, diviene spazio di effettivo espletamento della personalità umana. Come afferma giustamente T.E. Frosini, «l'orizzonte giuridico dell'Internet è il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo».

È pur vero che già l'art. 2 della nostra Costituzione può definirsi una clausola aperta, una valvola di sfogo che consente il recepimento di tutta quella serie di diritti neonati o nascenti che comunque si connettono strettamente all'intima essenza della persona umana, alla sua dignità, alla sua libertà. Ma è altrettanto vero che l'idea di formalizzare costituzionalmente i diritti digitali nasce dalla consapevolezza che troppo spesso gli interessi del mercato non sono quelli della gente.

Parlare di solidarietà oggi, qualificandola “digitale” oltre a “politica, economica e sociale”, può costituire un primo passo importante per una rilettura del mondo con occhi nuovi, per una riflessione fondamentale sulla rilevanza che avrà sempre più in futuro quella connessione di puntini idonea a costruire una rete fitta di dati, informazioni, valori, che trapasserà i confini nazionali e costituirà la più grande comunità della storia umana.

⁴⁶ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006.

⁴⁷ Sul tema, T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO, *Il diritto di accesso ad Internet* (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011. In particolare, le esperienze costituzionali dell'*habeas data costituzionale* in America Latina concernono «la libertà informatica, come garanzia personale a conoscere e accedere alle informazioni personali esistenti nelle banche dati, a controllare il loro contenuto e quindi a poterle modificare in caso di inesattezza o indebita archiviazione o trattamento, nonché a decidere sulla loro circolazione».

C'è stato già in passato chi, con immenso studio e passione, ha guidato movimenti volti a prevedere un'integrazione dell'art. 21 della Costituzione con la previsione di una espressa garanzia costituzionale, nella forma di diritto fondamentale, del diritto di accesso ad Internet nell'ottica di ribadire ed espandere i principi costituzionali riguardanti l'eguaglianza e la libera costruzione della personalità.

Analogamente, o forse, sotto certi aspetti, con una incisività ancor maggiore, l'eventuale previsione formale di un dovere inderogabile di "solidarietà digitale" all'art. 2, nonché – per diretta conseguenza – l'aggiunta all'art. 3 comma secondo, del dovere della Repubblica di rimuovere, oltre agli ostacoli di ordine economico e sociale, anche quelli di ordine digitale, potrebbe costituire un forte riconoscimento dell'esistenza di una dimensione digitale che va necessariamente contemplata nel set dei diritti inviolabili della persona.

Una modifica di tal genere, potrebbe certamente contribuire non solo a fare cultura, ma, piuttosto, a fare. Significherebbe vincolare il legislatore, il mondo del lavoro, la società civile a prestare un'attenzione particolare alla dimensione digitale in cui ciascuno vive, lavora, studia, si cura, esercita i diritti politici, esprime le proprie opinioni.

Dal principio di solidarietà digitale deriverebbero, in sostanza, una serie di diritti ed obblighi determinanti: il diritto di accesso ad Internet, ritenuto oramai diritto fondamentale dell'individuo, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro, il diritto alla partecipazione alla vita democratica e alla Pubblica Amministrazione, il diritto alla salute, il diritto ad esprimere le proprie espressioni, il diritto all'oblio e così via.

La solidarietà digitale, insomma, diviene strumento centrale, nel combinato disposto tra l'art. 2 e 3 della Carta costituzionale, per rendere effettivo un gran numero di diritti fondamentali, per combattere la diseguaglianza e per accelerare lo sviluppo e il progresso civile, economico e scientifico.

Diviene strumento, quindi, per la tenuta democratica dell'intero sistema nonché principio che consentirebbe di gestire il livello di redistribuzione del potere – informativo e digitale – con un ruolo critico dello Stato, garante dei soggetti più deboli.

La trasformazione digitale, infatti, richiede non norme costrittive, che imbriglierebbero qualsiasi spunto innovativo e di progresso, bensì garanzie costituzionali per i diritti della dimensione digitale, rafforzando la libertà e la dignità dell'individuo non solo nei confronti degli Stati ma anche nei confronti dei nuovi colossi dell'informazione, spesso gestori dei dati e, dunque, dell'immagine digitale dell'individuo.

L'affermazione di una solidarietà digitale svilupperebbe un modello culturale orizzontale esprimendo una sensibilità costituzionale diffusa, espressione pura di un costituzionalismo dei diritti, individuando soggetti e procedure diverse da

quelle tradizionalmente previste nelle fasi di istituzionalizzazione, nonché opportunità inedite di rapporti tra iniziative sociali e istituzioni⁴⁸. Un principio di solidarietà che, oltretutto, potrebbe partire dalle Costituzioni nazionali ma dovrebbe inevitabilmente trascendere le stesse essendo il digitale non circoscrivibile per definizione, formalizzandosi in principi sovranazionali, universalmente riconosciuti.

Tutto ciò, porterebbe quindi alla costruzione di un costituzionalismo globale, ossia una costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, non un punto d’arrivo, ma strutturati in modo da sostenere la sfida di un tempo sempre mutevole, quasi una costituzione infinita⁴⁹.

Così come il riflesso sullo scudo di Atena consentì a Perseo di riuscire a sfuggire allo sguardo micidiale di Medusa, una vera solidarietà digitale, preconditione abilitante all’esercizio dei diritti fondamentali in una dimensione digitale, può rappresentare il modo attraverso il quale guardare la società con occhi nuovi, relazionarsi con attori istituzionali differenti e diffondere un’effettiva pratica politica, giuridica e sociale che sia di spinta ad una trasformazione digitale più giusta ed equa.

7. Conclusioni

Cittadinanza digitale, trasversalità, accesso abilitante all’esercizio dei diritti fondamentali, strumento di coesione, uguaglianza sostanziale, sviluppo di nuovi *commons*: il digitale rappresenta, insomma, un nuovo modo d’essere cittadini nel mondo, un nuovo modo attraverso il quale la persona espleta la propria personalità e si relaziona con persone, beni e servizi. Non comprendere quest’aspetto fondamentale significa rimanere ciechi dinanzi alla dinamicità della nostra epoca. Può significare, inoltre, perdere un’altra occasione per costruire davvero un’Europa nuova, moderna, equa, solidale, giusta, innovativa e anche economicamente forte e coesa.

Se, ad esempio, si muove dalla constatazione che Internet rappresenta il più largo spazio pubblico che l’umanità abbia conosciuto, la salvaguardia di questa «natura» implica l’irriducibilità alla dimensione più assorbente del mercato. Che vuol dire non solo un generico riconoscimento della libertà in rete, ma la concreta possibilità di esercitare «virtù civiche», dando corpo a una cittadinanza attiva, di far sì che rimanga una risorsa per la democrazia e non la forma congeniale ai nuovi populismi⁵⁰; di sviluppare forme nuove di proprietà e di condivisione in un’accezione solidaristica.

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, quali i diritti, quali i vincoli*, cit.

⁴⁹ *Ivi*.

⁵⁰ *Ivi*.

La solidarietà digitale, attraverso una sua proclamazione costituzionale internazionale, consentirà di sviluppare una «*Global Community of Courts*», in cui maggiore sarà la garanzia di tutela dei nuovi diritti digitali.

Una solidarietà digitale che, attraverso una sua espansione e diffusione anche per il tramite della sussidiarietà orizzontale, non deve essere solo una solidarietà «sostitutiva» di una «obbligazione pubblica» che le istituzioni non riescono a soddisfare, determinando il possibile rischio di una riduzione del numero di diritti di accesso alla dimensione digitale che danno concretezza a tale solidarietà.

Ma anche una solidarietà che può svincolarsi dalle logiche puramente burocratiche per riprendere il suo cammino verso l'universalismo, anche attraverso il contributo attivo di nuovi soggetti sociali (movimenti, imprese, start up, community) differenti da quelli alternativi del passato (la Chiesa, i partiti, i sindacati).

Come sapientemente specificato da un maestro della solidarietà, Stefano Rodotà, «il riferimento all'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» individua un criterio ordinante dell'insieme delle relazioni tra i soggetti, assumendo il valore di un connotato della stessa cittadinanza, intesa come insieme delle prerogative della persona. (...) L'accento posto sulla solidarietà non qualifica soltanto un principio fondamentale, ma mette pure in rilievo come l'azione istituzionale non esaurisca l'insieme delle azioni socialmente necessarie, chiamando così ogni cittadino alla realizzazione del programma costituzionale»⁵¹ e sviluppando, quindi, la costruzione di un articolato sistema di legami sociali che non può assolutamente trascurare la nuova sfera digitale, produttrice di diritti e doveri e richiedente una necessaria parità nell'accesso a tali diritti.

La trasformazione digitale, con i suoi caratteri di universalità, globalità e trasversalità, reca con sé l'occasione pure per riflettere su un altro aspetto che connota la solidarietà e, ancora di più, quella digitale: l'impossibilità di pensarla fuori dal contesto globale, quel contesto caratterizzato da una costruzione di un nuovo ordinamento normativo in cui il potere è sempre più spesso esercitato da grandi multinazionali transnazionali (Google, Apple, Microsoft, Facebook, Amazon etc.).

Ridefinire la centralità della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale anche nella dimensione digitale significa riequilibrare la gestione di questo potere facendo così riconquistare un ruolo decisivo agli attori politici deputati a rappresentare e garantire la persona e i propri diritti.

Reinventare incessantemente la solidarietà, considerandola sempre principio fondamentale, è pure un processo indispensabile per rendere sostenibile la trasformazione digitale.

⁵¹ *Ivi*.

Sviluppare quella che Malcom Ross ha definito una «*cosmopolitan solidarity*»⁵² accresce le possibilità *disruptive* del principio di solidarietà, descrivendo non solo un bisogno naturale della società, ma un processo di confronto continuo con una società in trasformazione e di rielaborazione di istituzioni e modelli amministrativi adeguati.

Sempre citando Rodotà, «dotata di virtù trasformative, la solidarietà deve sempre esercitarle in primo luogo su sé stessa, proprio per non rimanere prigioniera di questa o quella sua manifestazione storica. Che non vuol dire allontanarsi dalla storia, ma apprendere da questa lezione del realismo e della concretezza, del modo in cui un principio vive, non sopravvive, al di là dello specifico contesto che lo ha generato. E che non vuol dire neppure che tutto debba essere affidato a un empirismo del giorno per giorno perché, al contrario, è proprio l'impianto concettuale a dover essere sempre sottoposto a incessanti verifiche»⁵³.

La coltivazione e pratica della solidarietà digitale consente di cogliere un altro suo elemento costitutivo: l'inclusività.

La stretta connessione fra solidarietà, uguaglianza, inclusività e relazioni umane, funzionali alla realizzazione di diritti fondamentali, determina altresì il riaffiorare del digitale come «bene comune», ossia di quella nuova ondata di beni ad alto contenuto relazionale caratterizzanti i nostri giorni e imperniati su condivisione, interazione, socialità, benefici reciproci e vincolo di solidarietà. E, dunque, attraverso il principio di solidarietà digitale si può cogliere l'occasione per meglio definire il rapporto tra persone e digitale, concretamente realizzabile attraverso l'esercizio dei diritti fondamentali a tale dimensione connessi in un'accezione di umanità perennemente declinata al futuro, da costruire senza sosta attraverso l'azione comune e solidale di una realtà aumentata, continuamente in rapporto con un confine in movimento oltre il quale la solidarietà deve assiduamente misurarsi. Una realtà che, tuttavia, non può prescindere dall'importante ruolo che gioca e giocherà la politica, attrice protagonista nell'attuazione di una solidarietà – anche digitale – che ineluttabilmente collega dignità ed eguaglianza, in qualsiasi sfera dell'agire umano esse operino.

E, dunque, reinventando Calvino, così anche noi, a cavallo della tanto ambita trasformazione digitale, ci affacciamo pian piano nella nuova dimensione digitale della persona, senza sperare di trovarvi nulla di più di quello che saremo capaci di portarvi. Naviganti, su una nave in mare aperto, aggrappati esclusivamente alla bussola che indica, ancora una volta nella sua storia, la via, instancabile e rinnovata,

⁵² M. ROSS, *Solidarity: A New Constitutional Paradigm for the EU?*, in M. ROSS e Y. BORGMANN-PREBIL, *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁵³ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, cit.

di una solidarietà costituzionale non più solo politica, economica e sociale, ma anche digitale, condizione abilitante per la costruzione di una nuova società umana, equa e democratica.

La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra *Independent Oversight Board* e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR

ANGELICA GEROSA*

Nota a *Oversight Board*, Case decision 2021-001-FB-FBR del 5 maggio 2021.

Disponibile all'indirizzo: oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/.

Abstract (EN): On January 6, 2021, Trump supported the Save America March through his social accounts, and Facebook and Instagram promptly removed the defeated president's posts and banned him from their platforms.

With the decision no. 2021-001-FB-FBR, the Independent Oversight Board checked the correctness of the sanctions imposed and this decision is the cue to make a first analysis of the newborn Board and to question the role that the State has and should have in the protection of freedom of expression online.

Sommario: 1. Le sanzioni di Facebook a Donald Trump e il controllo presso l'*Independent Oversight Board*. – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale: il ruolo dei pubblici poteri nella gestione delle comunicazioni via *web*. – 3. Struttura, funzioni e aspetti problematici dell'*Independent Oversight Board*. – 4. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 24 giugno 2021

Suggerimento di citazione

A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoressa in Giurisprudenza nell'Università degli studi dell'Insubria. Indirizzo mail: angelica.gerosa@uninsubria.it.

1. Le sanzioni di Facebook a Donald Trump e il controllo presso l'*Independent Oversight Board*

Il 6 gennaio 2021 centinaia di manifestanti sostenitori di Donald Trump hanno fatto irruzione al Campidoglio durante il conteggio dei voti per contestare il risultato delle elezioni presidenziali del 2020 e sostenere la richiesta di Trump al vicepresidente Mike Pence e al Congresso di rifiutare la proclamazione di Joe Biden alla Casa Bianca.

La *Save America March* non è stata un'iniziativa soltanto popolare, ma, una volta svanite le possibilità di rovesciare per vie legali la vittoria del partito repubblicano (essendo stati respinti gli oltre trenta ricorsi presentati da Trump contro gli esiti delle elezioni) è stata suggerita e sostenuta dal Presidente, ancora in carica per pochi giorni.

Trump, in particolare, durante l'assalto ha condiviso su Facebook e Instagram un video in cui pronunciava queste parole: «*I know your pain. I know you're hurt. We had an election that was stolen from us. It was a landslide election, and everyone knows it, especially the other side, but you have to go home now. We have to have peace. We have to have law and order. We have to respect our great people in law and order. We don't want anybody hurt. It's a very tough period of time. There's never been a time like this where such a thing happened, where they could take it away from all of us, from me, from you, from our country. This was a fraudulent election, but we can't play into the hands of these people. We have to have peace. So go home. We love you. You're very special. You've seen what happens. You see the way others are treated that are so bad and so evil. I know how you feel. But go home and go home in peace*».

Ancora, mentre la polizia metteva in sicurezza il Campidoglio, egli ha pubblicato: «*These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously viciously stripped away from great patriots who have been badly unfairly treated for so long. Go home with love in peace. Remember this day forever!*».

In entrambi i casi Facebook, pochi minuti dopo la loro pubblicazione, ha eliminato i post ritenendo che violassero l'art. 2 degli Standard della Community in materia di persone e organizzazioni pericolose¹ ed ha interdetto Trump dalla pubblicazione di contenuti su Facebook ed Instagram² per ventiquattro ore.

¹ Consultabile al sito Internet:

www.facebook.com/communitystandards/recentupdates/dangerous_individuals_organizations.

² Le Linee guida di Instagram – che pur sotto svariati aspetti differiscono da quelle di Facebook – prevedono anch'esse la sanzione della cancellazione dei contenuti e l'eventuale disattivazione dell'*account* qualora venga violato il divieto di incoraggiare atti di violenza.

Il giorno successivo, dopo aver analizzato nuovamente i post incriminati, le dichiarazioni di Trump rese all'infuori del *social network* nonché la gravità degli scontri avvenuti al Campidoglio, Facebook ha esteso il blocco «a tempo indeterminato e almeno per le prossime due settimane, fino al completamento del passaggio di poteri».

Il 21 gennaio, il giorno successivo all'insediamento del nuovo Presidente, Facebook ha sottoposto la sanzione della rimozione dei contenuti e dell'interdizione a nuove pubblicazioni all'*Independent Oversight Board*, domandando se la decisione di Facebook fosse “legittima” (si utilizza questo termine in senso lato) e chiedendo raccomandazioni sulle sospensioni degli account di *leader* politici.

Quanto al primo punto, il Comitato (nella decisione n. 2021-001-FB-FBR³, l'ottava dall'istituzione dell'organo) ha ritenuto che i due post pubblicati da Trump costituissero una grave violazione degli Standard della Community di Facebook e delle Linee guida di Instagram e che dunque la sanzione fosse corretta. In particolare, le affermazioni «*We love you. You're very special*» nel primo post e «*Great patriots [...] Remember this day forever!*» nel secondo sono state qualificate come elogi o supporto a persone coinvolte in atti di violenza.

Il Comitato ha, inoltre, affermato che la decisione di impedire la pubblicazione dei contenuti per ventiquattro ore fosse proporzionata: il Presidente sconfitto, si afferma, reiterando infondate affermazioni sui brogli elettorali ed incitando all'azione, ha creato un'atmosfera in cui sussisteva un concreto, grave ed immediato rischio di violenza.

Considerata, inoltre, la popolarità e l'elevato livello di influenza di Trump sui *social network* (oltre trentacinque milioni di follower su Facebook e ventiquattro milioni su Instagram), la decisione di estendere la sospensione dalla pubblicazione

Molto prudentemente si prescrive: «Rifletti prima di pubblicare fatti che reputi interessanti. Siamo consapevoli del fatto che molte persone usano Instagram per condividere notizie importanti e interessanti. Alcune di esse potrebbero contenere immagini forti. Dato che persone di tutte le età e fasce sociali utilizzano Instagram, potremmo essere costretti a rimuovere video con contenuti visivi altamente violenti per assicurarci che Instagram rimanga un canale adatto a tutti. Comprendiamo che le persone spesso condividono questo tipo di contenuti per condannarli, sensibilizzare o informare gli altri. Se condividi contenuti per questi motivi, ti invitiamo ad aggiungere una didascalia per avvisare che il video include immagini forti. La condivisione di immagini forti per ragioni sadiche o per inneggiare la violenza è sempre vietata»: vedi il sito internet [help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Assistenza%20per%20Instagram&bc\[1\]=Normative%20e%20segnalazioni](https://help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Assistenza%20per%20Instagram&bc[1]=Normative%20e%20segnalazioni).

³ Per un primo commento v. O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, M. BASSINI, *Trump's Indefinite Ban: Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *VerfBlog*, 5 novembre 2021, in verfassungsblog.de/fob-trump-2/.

per i contenuti anche al giorno successivo è stata considerata giustificata e proporzionata.

Il *Board* ha, invece, ritenuto che la decisione di sospendere l'utente per un tempo indeterminato non fosse corretta, poiché si trattava di una sanzione non prevista dagli Standard di Facebook, e ha affermato che sia responsabilità del *social network* adottare reazioni alle violazioni delle linee guida predeterminate, chiare, necessarie e proporzionate.

A tale riguardo il Comitato ha dunque censurato la sanzione imposta, ordinando a Facebook di rivalutarla entro sei mesi dalla pubblicazione della decisione e di stabilire la misura da applicarsi appropriata.

Suggerendo questo caso al Comitato, Facebook ha infine richiesto esplicitamente di formulare osservazioni o raccomandazioni in merito alle sospensioni degli account di *leader* politici.

A tal riguardo il *Board* ha preso in considerazione in generale tutti gli "utenti influenti" e non soltanto *account* di appartenenti al mondo politico, ritenendo che sia l'ampio seguito – più che il ruolo sociale – a rappresentare un concreto rischio di violenza.

I messaggi di questi soggetti, si sottolinea, dovrebbero essere valutati con una particolare attenzione, applicando i sei criteri del Piano di Rabat (teoria elaborata sulla base dell'art. 20, comma 2, del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966) e cioè il contesto in cui le dichiarazioni vengono rilasciate, lo *status* del dichiarante, l'intento, il contenuto e la forma, l'ampiezza e la probabilità che il discorso provochi concrete ed imminenti reazioni negli uditori.

In applicazione di questi criteri, con particolare riferimento agli *account* di uomini politici, si è ritenuto che i post pubblicati da capi di Stato ed alti funzionari rappresentino un rischio più elevato di reazioni violente, sia per la fiducia in essi risposta sia perché i loro ascoltatori potrebbero essere indotti a ritenere che le loro azioni rimarranno impunte.

Pur nella consapevolezza dell'importanza del diritto di poter "ascoltare" i discorsi politici, il Comitato non ha dubbi: se un Capo di Stato o un alto funzionario di governo pubblica ripetutamente messaggi che comportano un rischio di violenza, Facebook deve, dopo un'approfondita analisi, sospendere l'*account* per un periodo di tempo tale da scoraggiare ulteriori violazioni degli Standard, nonché, nei casi più gravi, eliminare l'*account* o la pagina.

Già ora si possono rilevare alcuni aspetti problematici della decisione.

Anzitutto, il *Board* ha ritenuto corretta la sanzione dell'interdizione di Trump dalla pubblicazione di contenuti per ventiquattro ore, assunta sulla base «[delle] sue comunicazioni recenti al di fuori di Facebook [e cioè del discorso tenuto a

Washington poche ore prima dell'assalto⁴] e [di] ulteriori informazioni sulla gravità degli scontri in Campidoglio».

Essendo stata così giustificata, sembra che la decisione del *social network*, più che una sanzione per la violazione delle linee guida, sia stata una reazione alle idee politiche e al comportamento complessivo del Presidente, che ormai da settimane denunciava infondati brogli elettorali e creava una forte tensione sociale.

A tal riguardo, alcuni commentatori⁵ hanno ritenuto che le parole di Trump non costituissero un “semplice” incitamento alla violenza, ma un vero e proprio tentativo di colpo di Stato, in presenza del quale, come sottolineato a suo tempo da autorevole dottrina⁶, spetta al cittadino stesso agire in prima persona, dimostrando spontaneamente fedeltà alla Costituzione, e decidere se sia giusto seguire oppure opporsi al Presidente degli Stati Uniti d’America.

Si è, quindi, ritenuto che le stesse piattaforme, nel bloccare i profili *social* di Donald Trump, stessero agendo come privati cittadini a tutela dell’ordine costituzionale, «[e poco importa se esse hanno giustificato l’espulsione di Trump come una forma di applicazione delle condizioni d’uso [...] d’altra parte rischiavano di rispondere in prima persona, se alla fine Trump fosse riuscito ad imporsi]»⁷.

Pur concordando con questa ricostruzione per lo specifico caso in esame, non ci si può esimere dal rilevare che le vicende del 6 gennaio 2021 e il dirompente intervento dei *social network* nella gestione dell’emergenza pubblica impongono una profonda riflessione sulle modalità di controllo delle comunicazioni via *web* nonché un approfondimento della struttura, dell’efficacia e degli effetti sul piano del diritto costituzionale dell’*Independent Oversight Board*.

⁴ «*You’ll never take back our country with weakness. You have to show strength and you have to be strong. We have come to demand that Congress do the right thing and only count the electors who have been lawfully slated. I know that everyone here will soon be marching over to the Capitol building to peacefully and patriotically make your voices heard today. [...] Fight. We fight like hell. And if you don’t fight like hell, you’re not going to have a country anymore. [...] We’re going to walk down Pennsylvania Avenue – I love Pennsylvania Avenue – and we’re going to the Capitol and we’re going to try and give [Republicans] the kind of pride and boldness that they need to take back our country*» (Donald Trump, 6 gennaio 2021).

⁵ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 199.

⁶ S. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990, pp. 31 ss.; W. MENDELSON, *On the meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 *California Law Review* 821, 1962; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 37 ss.

⁷ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit., p. 199.

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale: il ruolo dei pubblici poteri nella gestione delle comunicazioni via *web*

La vicenda sopra descritta impone anzitutto una riflessione sulla natura giuridica dei *social network* e sulla conseguente regolamentazione del fenomeno.

In passato essi sono stati principalmente considerati come privati operatori economici e si caratterizzavano per la pretesa di assoluta indipendenza: al loro interno, si è sostenuto, poteva circolare qualsiasi informazione, anche al di fuori dei limiti posti dalle vigenti leggi del “mondo reale” in tema di libertà di manifestazione del pensiero.

Coerentemente con questa qualificazione, le prime regolazioni delle comunicazioni via *web* introdussero il principio dell’irresponsabilità del *provider* per i contenuti in esse pubblicati, purché non ne fosse conosciuta l’illiceità (c.d. *net neutrality*).

Il timore che i *social network* esercitassero una *collateral censorship*⁸ (ovvero una forma di privata censura sconosciuta al nostro ordinamento⁹), arrogandosi il potere di decidere quali informazioni e pensieri potessero e quali non potessero circolare sul *web*, ha indotto ad escludere che le piattaforme dovessero monitorare gli scambi e i contenuti in essi circolanti¹⁰.

⁸ Tra i molti si vedano O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1/2018, pp. 1 ss.; F.T. WU, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, in *The Notre Dame law review*, n. 87/2011, pp. 293 ss.; M.I. MEYERSON, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the “Speaker” Within the New Media*, in *The Notre Dame law review*, n. 79/1995, pp. 79 ss.; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Medialaws.eu*, 3 giugno 2020, disponibile all’indirizzo www.medialaws.eu/rivista/regolare-internet/.

⁹ Secondo la Corte costituzionale la censura è un «*istituto tipico del diritto pubblico, secondo cui gli organi dello Stato, e soltanto essi, esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla pubblica amministrazione*» (letteralmente sent. n. 159/1970; cfr. anche sentt. nn. 31 e 115 del 1957; 44/1960; 93/972; 92/1979; 1063/1988).

¹⁰ Si veda il *Communication Decency Act* del 1996 (cioè la *section 230* del *Telecommunication Act of 1996*) che stabilisce «*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*». Nello stesso senso si è mossa anche la direttiva sul commercio elettronico n. 2000/31/CE dell’8 giugno 2000 (recepita con il D.lgs. n. 70/2003) che, all’art. 15, espressamente prevede l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12 [semplice trasporto], 13 [memorizzazione temporanea detta “caching”] e 14 [“hosting”] gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società

L'importante ruolo dei *social network* nell'organizzazione degli attacchi terroristici dell'inizio del millennio ha, però, reso evidente l'insostenibilità della teoria dell'assoluta libertà di espressione sul *web* e, di conseguenza, sia il legislatore europeo¹¹ (con direttive e attraverso strumenti di *soft law*) sia la giurisprudenza sovranazionale¹² hanno iniziato ad individuare precisi limiti alla libera circolazione delle informazioni all'interno delle piattaforme e, conseguentemente, obblighi e responsabilità in capo agli *stakeholders*.

All'esito di questa evoluzione normativa e giurisprudenziale è stato posto un preciso obbligo di monitoraggio sugli *Internet Service Provider* (ISP): gli utenti dei *social network* hanno la possibilità di segnalare contenuti lesivi, che devono essere rimossi a pena della responsabilità (civile) dell'ISP.

Se da un punto di vista pratico imporre obblighi di controllo in capo al *social network* è apparsa la soluzione più corretta e fattibile (avendo sollevato le pubbliche autorità, statali e dell'Unione, da gravosi – e, forse, di fatto insostenibili

dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

¹¹ Si vedano, ad esempio, la direttiva n. 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie volte ad assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online che incitano a commettere atti di terrorismo (art. 21); la direttiva n. 2011/93/UE che all'art. 25 che prevede misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico «1. *Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico ospitate nel loro territorio e si adoperano per ottenere la rimozione di tali pagine ospitate al di fuori del loro territorio. 2. Gli Stati membri possono adottare misure per bloccare l'accesso alle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico agli utenti internet sul loro territorio. Tali misure devono essere stabilite con procedure trasparenti e devono fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che la restrizione sia limitata allo stretto necessario e proporzionata e che gli utenti siano informati del motivo della restrizione. Tali garanzie includono la possibilità di ricorrere per via giudiziaria»;*

la direttiva n. 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹² Di fondamentale importanza CGUE, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma, CGUE, causa C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff* e CGUE, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*. Per una ricostruzione si veda P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICEliber.html, 2020, pp. 2-3.

– oneri di controllo e di intervento¹³), non può non constatarsi che essa ha posto le basi per quella *collateral censorship* che, anni addietro, tanto si temeva.

È chiaro, infatti, che quelle scelte hanno indotto i gestori delle piattaforme a “stringere le maglie” del controllo e la censura dei contenuti circolanti sul *web* è oggi un concreto e preoccupante pericolo, non diretto – come si credeva in passato – alla creazione di regimi autoritari, ma all’esclusione della responsabilità dei *provider* e dunque, in ultima analisi, alla massimizzazione dei profitti di pochi potentati economici¹⁴.

Recentemente, l’Autorità Garante per la protezione dei dati personali¹⁵ ha “schematizzato” i c.d. paradossi del *web*: il fatto che il sistema esprima, in apparenza, un assetto ugualitario, ma che sia in realtà fortemente gerarchico; l’ossimoro di un regime in cui operano imprese private che definiscono contenuti di diritti e libertà costituzionali e procedure per il loro godimento; l’assenza di neutralità nel sistema valoriale; la finzione di un metodo che sembra voler sostituire “dal basso” le decisioni che nei vari Stati sono considerate adottate “dall’alto” (Governo, Parlamento), mentre, al contrario, ogni decisione è assunta dalle piattaforme a livello apicale e centralizzato e si riversa sugli utenti senza che essi possano interagire o prendere parte al processo decisorio, né tantomeno “reagire”.

I recenti avvenimenti, tra cui anche quello ivi commentato relativo alle vicende del 6 gennaio 2021, rendono impellente una nuova discussione sul ruolo che i *social network* possono e devono avere nella gestione delle informazioni circolanti sul *web*, nonché su quello dei pubblici poteri, che non possono continuare a demandare la gestione della rete a privati operatori economici.

Il *web*, oggi, è infatti «un vero e proprio spazio sociale e quindi politico»¹⁶, un *public forum*¹⁷, che, in quanto tale, necessita di un gestore assolutamente imparziale, nonché di un intervento pubblico che regoli il profondo impatto che i

¹³ P. BIANCHI, *Piesczek e l’Independent Oversight Board*, cit., p. 3.

¹⁴ M. MANETTI, *Facebook*, cit., p. 196.

¹⁵ *Libertà di espressione, Garante privacy: “Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire”*, intervento di Ginevra Cerrina Feroni, Vice Presidente del Garante per la protezione dei dati personali (Agenda Digitale, 11 maggio 2021), disponibile all’indirizzo www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9584640

¹⁶ P. BONINI, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 265.

¹⁷ M. MANETTI, *Facebook, Trump*, cit., p. 197; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, pp. 819 ss. Per interessanti rilievi sull’applicazione della teoria dei fori pubblici si veda A. GOLIA JR., R. BEHRING: *Private (Transnational) Power without Authority: Online fascist propaganda and political participation in CasaPound v. Facebook*, in *VerfBlog*, 18 febbraio 2020, in verfassungsblog.de/private-transnational-power-without-authority.

social network hanno «sulle dinamiche democratiche della società e sulla struttura istituzionale dello Stato contemporaneo»¹⁸.

3. Struttura, funzioni e aspetti problematici dell'*Independent Oversight Board*

L'evoluzione normativa sopra esposta e la dichiarata consapevolezza della fondamentale importanza delle informazioni e opinioni circolanti sul *web*, della forza delle reazioni “nel mondo reale” che esse sono in grado di suscitare nonché della delicatezza degli interessi coinvolti ha indotto Zuckerberg a riflettere autonomamente sul controllo dei contenuti della propria piattaforma e ad istituire l'*Independent Oversight Board*¹⁹, un organo di controllo a cui l'utente o lo stesso *social network* può rivolgersi per far verificare la correttezza di una decisione sanzionatoria irrogata dal *provider*.

Facebook stesso, cioè, ha creato una sorta di “secondo grado di giudizio” presso il quale poter reclamare una decisione ritenuta non corretta o a cui chiedere chiarimenti sull'applicazione delle linee guida del *social network* (forse prendendo spunto dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte del giudice che abbia “dubbi” sull'interpretazione del diritto europeo).

L'autoregolamentazione e la creazione di un organo deputato all'applicazione delle regole così prodotte non hanno in sé nulla di nuovo, se pensiamo, ad esempio, al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria e al relativo giurì (Istituto di Autodisciplina pubblicitaria)²⁰.

Le linee guida di *Facebook* e il neonato *Oversight Board*, tuttavia, pur essendo strutturati ed utilizzando tipici strumenti giuridici – norme, procedure, organi di controllo, sanzioni – continuano ad essere permeati da una forte dimensione etica, e ciò connota grandemente il significato attuale dell'assunzione di responsabilità sociale di un settore economico e sociale rispetto alla società nel suo complesso, oltre a sollevare, nel contempo, lo Stato da compiti ed oneri di non lieve momento.

In particolare, solo scorrendo la *Chart* istitutiva²¹ e i *bylaws*²² cui questo rimanda, risulta subito evidente l'ispirazione pubblicistica dell'organo²³.

¹⁸ P. BONINI, *L'autoregolamentazione*, cit., p. 265.

¹⁹ Cfr. B. HARRIS, *Establishing Structure and Governance for an Independent Oversight Board*, about.fb.com/news/2019/09/oversight-board-structure/, 17 settembre 2019.

²⁰ Per la cui ricostruzione si rinvia a C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Giappichelli, Torino, 2020 e in particolare al Capitolo III (V. GUGGINO, M. DAVÒ, S. PASTORELLO, *La natura, l'organizzazione dello IAP e il procedimento autodisciplinare*, pp. 57 ss.).

²¹ about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight-board-charter.pdf.

²² www.oversightboard.com/sr/governance/bylaws.

²³ P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, cit., p. 278.

Si tratta di un soggetto che si afferma terzo ed indipendente rispetto a Facebook (sebbene ad esso collegato tramite un *Trust*²⁴), che esercita un giudizio imparziale e neutrale e la cui finalità è quella di proteggere la libertà di espressione (pur, però, nei limiti di autenticità, sicurezza, *privacy* e dignità).

Il Comitato è composto da non meno di undici e non più di quaranta membri provenienti da tutto il mondo (in modo da garantire un “equilibrio geografico”²⁵), scelti da Facebook (ma pagati dal *Trust*) tra esperti di internet, comunicazione sociale e diritti fondamentali, che non devono trovarsi in una situazione di conflitto di interesse che possa compromettere l’indipendenza del giudizio. I componenti hanno il preciso dovere di rispettare lo scopo del *Board*, la sua indipendenza e di non diffondere informazioni riservate (anche se, in realtà, non sono previste sanzioni per le violazioni di tali obblighi).

Nella dichiarata *vision* del fondatore di Facebook l’organo vuole essere una sorta di grado di appello contro le sanzioni irrogate da Facebook, a tutela della fondamentale libertà di espressione *online*.

Tuttavia, spetta ai membri del *Board* stesso scegliere, a maggioranza, i casi da esaminare e, dato che non vengono esplicitati i criteri della decisione, è facile immaginare che saranno selezionati casi dalla forte risonanza mediatica o che coinvolgono personaggi di spicco (ed in effetti, delle dodici decisioni sin d’ora emanate una riguarda l’ex Primo Ministro malese²⁶, una lo scandalo dell’Agenzia nazionale della sicurezza dei medicinali (Ansm) – l’agenzia francese di regolamentazione dei prodotti sanitari – che aveva occupato per giorni le testate giornalistiche francesi²⁷ e una, quella in commento, l’assalto al Campidoglio).

Sotto tale profilo, dunque, sorgono dubbi sul fatto che il Comitato possa davvero essere uno strumento di tutela a disposizione degli utenti.

Il Comitato, se necessario, può chiedere informazioni aggiuntive ad un gruppo di esperti (accademici, linguisti e ricercatori), figura che ricorda quella del perito

²⁴ «*Governance Structure - We often received a key piece of feedback: make sure the board is independent from Facebook. One way we’re addressing this is by establishing an independent trust. The Oversight Board, the trust and Facebook will have separate roles and responsibilities, all of which will work to ensure that the board is set up for success. As part of our overall transparency efforts, trust documents will be publicly released, and these will establish the formal relationship between the board, the trust and Facebook*»: vedi B. HARRIS, *Establishing Structure*, cit.

²⁵ Anche se l’art. 1.4.1. dello Statuto specifica che «*Should the board’s geographic balance fail to encompass the above stated regions, it can continue to operate. However, it must fulfill its membership requirements expeditiously, within a maximum of six months*».

²⁶ 2020-001-FB-UA del 28 gennaio 2021, oversightboard.com/decision/FB-KBHZS8BL.

²⁷ 2020-006-FB-FBR del 28 gennaio 2021, oversightboard.com/decision/FB-XWJQBU9A/.

di Tribunale con la fondamentale differenza che il *Board* sceglie a chi rivolgersi a sua assoluta discrezione e ciò fa sorgere non pochi timori sulla garanzia di indipendenza del *pool of experts*.

L'*Independent Oversight Board*, inoltre, ha il potere di richiedere a Facebook di fornire informazioni *ragionevolmente necessarie* per la decisione. Alla sola lettura della disposizione sorge il dubbio su che cosa si intenda con “ragionevolezza” e che questo inciso possa rappresentare un facile *escamotage* per evitare di sottoporre all’organo di controllo elementi sfavorevoli al *social network*.

Proprio nella decisione del caso Trump, qui in esame, in effetti, il Comitato aveva posto quarantasei domande e Facebook si è rifiutata di rispondere a sette²⁸, relative al modo in cui gli algoritmi del *social network* possano aver influito sulla visibilità dell’ex Presidente, nonché al quesito se fosse stata contattata da rappresentanti politici in merito al caso in decisione.

Facebook, semplicemente affermando che tali questioni non erano *ragionevolmente necessarie ai fini della decisione*, si è sottratta all’obbligo di notificare il *Board* delle informazioni richieste, sebbene sembrino temi piuttosto rilevanti per il giudizio e nonostante sia stato il *social network* stesso a chiedere al Board di fornire indicazioni sulla gestione degli account dei *leader* politici.

L'*Independent Oversight Board*, entro novanta giorni dalla ricezione del ricorso, emette una decisione motivata (anche se si deve segnalare che le motivazioni sono piuttosto confusionarie, ripetitive e di difficile comprensione) in cui interpreta gli *Standard della Community* e stabilisce se Facebook debba confermare o annullare la sanzione imposta.

Anche sotto tale profilo non ci si può esimere dall’esprimere perplessità sull’utilità di un procedimento tanto strutturato (e costoso) il cui esito non è in alcun modo vincolante per Facebook.

La carenza di un apparato coercitivo, sommato alla solo apparente imparzialità dell’organo, deve far concludere che esso, più che una giurisdizione parallela a tutela della libertà di espressione, sia in realtà un moderno ed efficace *slogan* commerciale (ma nulla più).

²⁸ Le domande cui Facebook non ha risposto riguardano il modo in cui la sezione Notizie di Facebook e altre funzioni hanno influito sulla visibilità dei contenuti di Trump, la possibilità che Facebook abbia condotto ricerche, o programmi di farlo, sulla progettazione delle piattaforme in relazione agli eventi del 6 gennaio 2021 e le informazioni sui contenuti in violazione dei *follower* degli account di Trump. Il Comitato ha posto anche domande relative alla sospensione di altri personaggi politici e alla rimozione di altri contenuti, ha chiesto a Facebook se fosse stata contattata da rappresentanti politici o dai loro staff in merito alla sospensione degli account di Trump e se la sospensione o l’eliminazione di un account influisce sulla possibilità per gli inserzionisti di targetizzare gli account dei *follower*.

4. Conclusioni

I *social network* e, in generale, le piattaforme digitali, soprattutto di fronte al cambio generazionale, rappresentano un'inedita sfida per la democrazia ed un pericolo per la libertà di espressione, «pietra angolare dell'ordinamento democratico»²⁹.

La preoccupante crescita del ruolo dei *provider* nella selezione delle informazioni circolanti sul *web*, oggi suffragata dall'istituzione di una pretesa “giurisdizione parallela”, rende quanto mai attuale ed impellente la necessità che lo Stato “tenga il passo” dei *social network*, introducendo forme di controllo sulla violazione dei diritti fondamentali in rete più celeri ed effettive rispetto all'ordinaria possibilità di rivolgersi ad un Tribunale che, a causa dei lunghi tempi della giustizia nonché della complessità della materia che richiede decisori esperti, appare oggi un inefficace strumento di garanzia.

Le modalità dell'attuazione di tale proposta sono fortemente discusse.

Senza poter entrare in questa sede nel dettaglio del dibattito, si segnala soltanto che la dottrina (italiana, ma non solo) è divisa tra coloro che sostengono la necessità che lo Stato effettui un controllo preventivo – assistito da un adeguato apparato repressivo³⁰ – delle informazioni circolanti in rete³¹ ed altri, che, invece sottolineano piuttosto il rischio che, così, facendo, si incrementi la censura della rete.

Pare corretto anzitutto escludere che si possa assegnare allo Stato la preventiva verifica dei contenuti circolanti in rete attraverso forme di filtraggio degli stessi e di moderazione *ex ante*, poiché lo sforzo così richiesto ai pubblici poteri apparirebbe sproporzionato e probabilmente eccessivamente lesivo della libertà di organizzazione dei *social network*.

²⁹ Corte Cost. n. 84/1969.

³⁰ Ad esempio M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, pp. 11 ss.; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, pp. 26 ss.; C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, pp. 60 ss.; M. FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, pp. 83 ss.

³¹ *Ex multis* G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, pp. 19 ss.; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, pp. 48 ss., G. DE GREGORIO, *The marketplace of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, pp. 91 ss., M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws*, n. 1/2017, pp. 79 ss.; M. MONTI, *Le internet platforms*, cit., pp. 827 ss.

Più auspicabile (e praticabile) potrebbe essere la via autorevolmente suggerita da Pitruzzella³² che prevede, accanto all'ordinaria possibilità di rivolgersi ad un Tribunale, l'instaurazione di una forma di collaborazione con gli organi statali, che svolgerebbero un controllo *ex post* sui provvedimenti sanzionatori delle *Internet platforms*.

Sarebbe utile, cioè, creare una forma di controllo delle informazioni circolanti basata su più livelli, in cui l'autorità pubblica sarebbe soggetto deputato a ricevere i ricorsi di secondo (anzi, vista l'istituzione dell'*Independent Oversight Board*, terzo) grado.

La necessità delle regole del controllo pubblico potrebbe *in primis* affidarsi – come, di fatto, già accade – alle stesse piattaforme digitali (che dovrebbero assumere questo ruolo adeguando le proprie condizioni d'uso alle regole costituzionali in tema di discorso pubblico³³), che potrebbero intervenire sia di loro iniziativa, sia su segnalazione da parte dell'utente.

Immaginiamo il caso in cui il *social network* ritenga effettivamente violate le condizioni d'uso ed elimini un contenuto o un profilo.

A questo punto, con riguardo a Facebook, si aprirebbe per l'utente “censurato” la possibilità di ricorrere all'*Independent Oversight Board* che, pur con le problematiche sopra segnalate, costituisce un'ulteriore sede in cui far valere le proprie opinioni (purché, si è visto, ritenga quel caso effettivamente “degnò di essere deciso”).

Di fronte ad una sfavorevole decisione del *Board*, oggi, l'utente per far contestare la rimozione delle proprie idee dal *web* dovrebbe percorrere la strada del processo civile, nella maggior parte dei casi eccessivamente lunga e costosa rispetto all'interesse dell'utente medio che, piuttosto che percorrerla, preferisce rinunciare alle proprie pretese, rassegnandosi all'eliminazione di un contenuto o del proprio *account*.

Attuando la proposta sopra ricordata, invece, si metterebbe a disposizione dell'utente un celere “grado di giudizio” (si utilizza questa espressione in senso atecnico, dato che le prime due fasi certamente non sono giurisdizionali): egli potrebbe cioè rivolgersi ad un'autorità pubblica *ad hoc* creata, che in modo terzo, imparziale e – possibilmente – a costi ridotti, deciderebbe sulla sua istanza e, se del caso, potrebbe ordinare al *social network* di ripristinare i contenuti illegittimamente rimossi.

³² *Quel filtro necessario per le notizie false sul web*, in *Corriere della sera*, 2 gennaio 2017 (e, in precedenza, G. PITRUZZELLA, *Italy antitrust chief urges EU to help beat fake news*, in *Financial Times*, 30 dicembre 2016).

³³ Sull'adeguamento delle condizioni d'uso dei *social network* alle regole europee si veda M. MONTI, *Le internet platforms*, cit., p. 829.

Quale possa essere l'autorità pubblica a cui rivolgersi è altra questione fortemente dibattuta.

La soluzione che appare più corretta alla scrivente, che eviterebbe di creare ingestibili carichi sulle già provate autorità giudiziarie, potrebbe essere quella (come avviene in materia pubblicitaria grazie all'intervento dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato) di creare un'apposita autorità pubblica indipendente a ciò deputata³⁴, il cui previo vaglio potrebbe divenire anche requisito di ammissibilità per potersi rivolgersi ad un Tribunale.

In questo modo, la citata pietra angolare dell'ordinamento democratico rimarrebbe fortemente ancorata a terra e non desterebbe più preoccupazione l'esistenza di gradi di appello "fittizi" come l'*Independent Oversight Board* che tutelano l'utente solo apparentemente, perché sarebbe sempre assicurata la possibilità di rivolgersi ad un organo pubblico che possa essere una appetibile alternativa all'*Independent Oversight Board* e che sia realmente terzo e indipendente, in grado di tutelare correttamente i diritti fondamentali eventualmente compressi in rete.

³⁴ M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 305.

Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*

RICCARDO MONTALDO**

Sommario

1. Una Costituzione capace di futuro. – 2. La centralità della persona umana nella Costituzione: l'insuperabilità del principio antropocentrico. – 3. La solidarietà come fondamento dei doveri di tutela ambientale. – 4. Considerazioni conclusive, sull'opportunità di una revisione costituzionale.

Data della pubblicazione sul sito: 23 giugno 2021

Suggerimento di citazione

R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Nel fascicolo n. 1/2020 di Quaderni costituzionali è stato pubblicato il bando di concorso per l'invio di saggi sul tema La tutela dell'ambiente nella Costituzione. I saggi risultati vincitori sono stati pubblicati nel fascicolo n. 2/2021 di Quaderni costituzionali. Nell'ambito di questo concorso la Commissione valutatrice ha altresì ritenuto meritevole di segnalazione il contributo di Riccardo Montaldo su Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma, raccomandandone la pubblicazione nel Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna.

** Doctor Iuris – dottore di ricerca in Scienze giuridiche, nell'Universität Kassel e nell'Università degli studi di Cagliari. Indirizzo mail: riccardo.montaldo@unica.it.

1. Una Costituzione capace di futuro

Non vi è alcun dubbio che la Costituzione Italiana rappresenti un esempio emblematico delle cosiddette Costituzioni di prima generazione (Nespor e Caravita di Toritto 2009, p. 104), mancando nel testo costituzionale originale alcun riferimento espresso all'ambiente o alla sua tutela.

La menzione espressa alla tutela ambientale all'interno di una Carta costituzionale è in effetti prerogativa delle costituzioni di terza generazione, le quali, entrando in vigore nella seconda metà degli anni '70, hanno indubbiamente subito l'influenza dei primi sviluppi della tutela ambientale in ambito internazionale. Tale fenomeno si è in particolare sviluppato successivamente alla *Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano*, tenutasi a Stoccolma nel 1972, ritenuta in effetti la base di tutta la successiva evoluzione nella tutela dell'ambiente e delle risorse naturali, nonché dell'elaborazione dei principi fondamentali di prevenzione, precauzione e responsabilità intra- e intergenerazionale¹.

Sulla scorta dell'evoluzione in ambito internazionale ed europeo, oltre all'elaborazione di testi costituzionali contenenti *ab origine* il riferimento espresso all'ambiente, nel corso del tempo, esso è stato altresì inserito all'interno di Costituzioni coeve a quella italiana, considerandolo in alcuni casi come diritto della personalità, agganciato o comunque connesso al diritto alla salute, in altri come oggetto di una responsabilità dell'ordinamento generale, svincolato quindi dai ranghi delle posizioni giuridiche soggettive².

All'interno del nostro ordinamento, l'inclusione dei principi di tutela ambientale non è invece avvenuta attraverso il legislatore costituzionale, il quale si è limitato a introdurre, con la riforma del Titolo V, il riparto di competenze in materia tra Stato e Regioni, inserendo all'articolo 117 le espressioni di «*tutela dell'ambiente e degli ecosistemi*», quale materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato, e di «*valorizzazione dei beni culturali e ambientali*», facente parte delle materie di legislazione concorrente con le Regioni. L'evoluzione della tutela costituzionale dell'ambiente è infatti, di elaborazione interamente giurisprudenziale, fondata soprattutto sull'interpretazione estensiva ed evolutiva degli articoli 9 e 32 Cost., che ha permesso in particolare di superare e sviluppare il significato originale della tutela del paesaggio, originariamente concepita come

¹ Al riguardo, si può notare un interessante parallelo con i cosiddetti diritti umani di terza generazione, che includono appunto i diritti ambientali e alla protezione delle risorse naturali, l'equità intergenerazionale e la realizzazione di uno sviluppo sostenibile. Per un approfondimento, v. Vasak (1977, p. 2).

² Per un'esauritiva analisi comparatistica della tutela costituzionale dell'ambiente nei diversi ordinamenti si rimanda a Cordini (2012, pp. 118 ss.) e Porena (2020, pp. 392 ss.).

una tutela di carattere meramente estetico, proseguendo l'approccio del legislatore pre-repubblicano (Cecchetti 2006a, p. 218; Nespor e Caravita di Toritto 2009, p. 105).

Ripercorrendo brevemente le tappe dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, questa ha avuto origine tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, in piena sintonia con gli sviluppi in corso nei contesti internazionale ed europeo, al punto tale che, come osservato da Cecchetti (2000, pp. 9 ss.), le decisioni della Corte mostrano evidenti paralleli con i principi elaborati dai documenti delle Nazioni Unite e dai primi programmi di azione ambientale delle Comunità Europee. Se infatti le prime pronunce in materia di tutela del paesaggio (sentt. n. 59/1965, n. 65/1959, n. 50/1967, n. 141/1972) avevano mantenuto l'impostazione precedente, a partire dagli anni '80 (sentt. n. 239/1982 e n. 151/1986) il paesaggio e il territorio vengono ritenuti meritevoli di tutela in quanto tali, superando (ma non prescindendo: Bartole e Bin 2008, pp. 73-74) dalla considerazione del loro valore estetico in quanto bellezze naturali, e andando progressivamente a far coincidere il concetto di paesaggio con quello di *habitat* e con la tutela degli interessi ecologici e degli equilibri ambientali (sentt. nn. 302 e 356/1994), e dunque con la tutela ambientale nel suo complesso (Caravita e Morrone 2016, pp. 32 ss.; Cecchetti 2006a, pp. 235 ss.; Della Giustina 2020, p. 194)³, comprensiva tanto dell'ambiente naturale che di quello antropizzato (Crosetti 2017, p. 272).

La tutela costituzionale del paesaggio, in altri termini, in tale complesso sviluppo giurisprudenziale, è arrivata a divenire oggetto di una tutela avente carattere globale, che abbraccia tutte le istanze ambientali, rendendo pertanto l'ambiente un valore costituzionalmente garantito e protetto (sentt. nn. 167, 191, 210/1987), che va ad aggiungersi all'insieme degli altri valori tutelati dall'ordinamento (Caravita e Morrone 2016, pp. 32 ss.). L'affermazione del carattere di valore costituzionale della tutela ambientale è stata poi affermata in via definitiva anche dalla giurisprudenza successiva alla riforma del 2001, che ne ha enfatizzato in particolare la trasversalità e il suo intrecciarsi con gli altri valori espressi dalla Costituzione (sent. 407/2002). La Corte, inoltre, ne ha altresì affermato la primarietà e dunque la necessità di una tutela prevalente rispetto agli altri valori costituzionali (sentt. n. 367/2007 e n. 232/2008).

Prima di approfondire sul principio della primarietà del valore costituzionale dell'ambiente, e più in genere sul significato dell'attribuzione di tale significato alla tutela ambientale, pare utile soffermarsi brevemente sull'importanza che ha

³ *Contra* Rossi (2017, p. 27), che osserva come, riguardo al rapporto tra ambiente e paesaggio, pur esistendo indubbi elementi che accomunano entrambe le nozioni, e pur constatando che gli interventi di matrice ambientale spesso possono perseguire al medesimo tempo obiettivi di tutela paesistica (e/o urbanistica), le finalità di tutela non sono sempre coincidenti, e vanno pertanto mantenute distinte.

assunto, per la descritta evoluzione giurisprudenziale, la menzione espressa della tutela del paesaggio. Come evidenziato da autorevole dottrina (Caravita di Toritto 1999, pp. 179-180), l'aver incluso tale obiettivo di tutela tra i principi fondamentali della Costituzione lo ha dotato fin dal principio di un carattere di centralità, permettendo di riconoscerlo come parte delle finalità sociali che rappresentano un limite dell'iniziativa economica privata, ai sensi dell'articolo 41 (cfr. Caravita e Morrone 2016, p. 20). A conferma di tali osservazioni, si può notare come la Corte costituzionale abbia, in più di un'occasione (ord. n. 186/1996, sentt. n. 196/1998, n. 190/2001 e n. 116/2006), posto il problema di compatibilità tra l'iniziativa economica e la tutela dell'ambiente proprio in termini di contrasto con l'utilità sociale svolta dalla seconda (Lemme 2007, p. 89).

L'inclusione della tutela del paesaggio rappresenta quindi, come sostenuto da Grassi (2017, p. 11) uno degli elementi fondamentali che hanno permesso alla Costituzione italiana di essere «capace di futuro» e di consentire lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale. Sviluppo naturalmente reso possibile da altri principi e valori costituzionali, quali la tutela dei diritti della persona e il principio di solidarietà (di cui si tratterà più diffusamente nei paragrafi seguenti), l'apertura che il testo costituzionale offre verso il futuro, in particolare tramite la promozione dello sviluppo scientifico e tecnico (Grassi 2017, p. 13), che hanno consentito alla Corte di affermare i principi dello sviluppo sostenibile e della precauzione, nonché la centralità, per la loro concretizzazione, della ricerca e dell'aggiornamento dei dati scientifici (sentt. n. 282/2012 e n. 116/2006)⁴.

È grazie all'inclusione di tali principi che si può dunque affermare che la tutela dell'ambiente non potesse che rappresentare un valore costituzionale (Morbidelli 1996, p. 1129). Procedendo a chiarire il significato di tale attribuzione, il suo conferimento alla tutela ambientale assume una centrale importanza per l'ordinamento, ponendo tale valore come uno degli elementi fondamentali della società, e come base stessa della sua legittimazione (Cecchetti 2000, p. 35),

⁴ Pur esulando dagli obiettivi della presente analisi, è utile sottolineare come il diritto ambientale rappresenti indubbiamente la sfera in cui i rapporti tra scienza e diritto appaiono più evidenti (Aversente 2020, p. 3475). Ciò si realizza, da un lato, per la necessità, per l'interprete, di comprendere e utilizzare correttamente i concetti e le elaborazioni scientifiche, e in particolare della scienza ecologica, della quale la Corte costituzionale ha dimostrato di saper dare una lettura integrata (Gusmai 2015, p. 4), facendo proprie le definizioni scientifiche di ambiente e di ecosistema (sent. n. 104/2008) e di biosfera (sent. n. 378/2007). Da un altro lato, l'interprete, così come il decisore politico, svolgono un ruolo fondamentale nel dare tutela e regolamentazione a tutti quei profili di incertezza che naturalmente permeano il sapere scientifico, realizzando così un continuo scambio reciproco tra sapere scientifico e giuridico (Tallacchini 1999), che rappresenta la chiave fondamentale per la piena attuazione dei principi di tutela dell'ambiente (Caravita di Toritto 1996, p. 359).

divenendo così anche orientamento di ogni manifestazione della legalità (Caravita e Morrone 2016, pp. 32 ss.). Il valore costituzionale ambiente pone cioè degli standard di orientamento per le scelte politiche, per il bilanciamento con gli altri valori tutelati, e può altresì avere una funzione di motivazione e di unificazione dei diversi gruppi sociali (Caravita di Toritto 1999, p. 191).

La centralità del valore ambientale ha poi assunto un rilievo tale che in diverse pronunce, come si è detto, la Corte ne ha affermato la primarietà e la prevalenza nel rapporto con gli altri valori costituzionali. Concludendo sul punto, è bene precisare, come del resto ha fatto la stessa Corte, che tale affermazione non può e non deve essere intesa come legittimazione di un «primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni» (sent. n. 196/2004, punto 23 del Considerato in diritto). Il principio della primarietà non impone pertanto un vincolo di risultato alla miglior tutela possibile dell'ambiente, ma una considerazione particolare verso tale obiettivo, che deve essere centrale e sempre presente all'interno di ogni valutazione politica e amministrativa (Cecchetti 2006b, pp. 62 ss.).

2. La centralità della persona umana nella Costituzione: l'insuperabilità del principio antropocentrico

Avendo concluso l'analisi relativa all'importanza della tutela del paesaggio per l'evoluzione giurisprudenziale del valore costituzionale ambiente, si può proseguire esaminando il secondo dei principi che ha consentito tale sviluppo, vale a dire il principio personalista (Cecchetti 2000 pp. 49 ss.; Grassi 2017, pp. 11 ss.). Tale principio, espresso dall'articolo 2 Cost., rappresenta l'affermazione del primato dei diritti della persona e la loro incomprimibilità (Rossi 2006, pp. 54 ss.), nonché la priorità di valori che essi assumono rispetto allo Stato e ad ogni altra autorità o struttura sociale (Galeotti 1996, p. 7).

In ragione di tale centralità, il principio personalista ha avuto un ruolo fondamentale nell'elaborazione della tutela ambientale a livello costituzionale, ponendosi anzitutto come base dell'estensione della portata applicativa del diritto alla salute, operata dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 5172/1979, che lo ha configurato come diritto ad un ambiente salubre, in ragione appunto del valore riconosciuto alla persona come individuo e nella sua vita associata, e conseguentemente all'esigenza di tutelare i luoghi in cui essa si articola (Bartole e Bin 2008, p. 76).

La configurazione dell'ambiente come oggetto di un diritto soggettivo ha, tuttavia, perso gran parte del suo significato, grazie all'evoluzione giurisprudenziale successiva e in particolare all'affermazione espressa del valore

costituzionale ambientale. È infatti tale affermazione che consente di superare la prospettiva che ricostruisce l'ambiente unicamente come situazione giuridica soggettiva (Caravita e Morrone 2016, pp. 32 ss.; Cecchetti 2006a, pp. 235 ss.), configurandolo invece come obbiettivo primario dell'ordinamento, che ben può includere al suo interno la tutela di determinate situazioni soggettive diversamente strutturate, ma non può certamente esaurirsi in esse (Caravita di Toritto 1996, p. 345; Cecchetti 2000, p. 35).

Alla luce del superamento dell'impostazione dell'ambiente come diritto soggettivo, è dunque opportuno interrogarsi su quale debba essere, oggi, l'interpretazione del principio personalista in rapporto alle finalità di tutela ambientale, e se questo possa ancora rappresentare uno strumento per il loro compimento. Ponendo la questione in altri termini, ci si può chiedere se la centralità della persona nel rapporto con l'ambiente possa o debba essere superata, a favore di un'interpretazione che, in luogo di tale approccio antropocentrico, ne prediliga al contrario uno di stampo ecocentrico o biocentrico (Bagni 2020, pp. 86 ss.; Baldin e De Vido 2020, p. 8; Porena 2020), che ponga cioè la natura stessa come soggetto della tutela, e non come suo oggetto (Baldin 2020, p. 70). A tale quesito deve darsi necessariamente risposta in senso negativo, per tre ordini di motivazioni.

La prima di esse attiene all'impossibilità di adottare *in toto* una concezione ecocentrica, sacrificando la centralità dell'essere umano, sancita come si è detto dal principio personalista che lo pone al centro della società e dell'ambiente in cui vive, che impedisce quindi di adottare una concezione che non sia antropocentrica (Caravita di Toritto 1996, pp. 352-353). La necessità di non prescindere da tale approccio è inoltre evidenziata dall'insuperabilità dei limiti ontologici posti dalla nozione stessa di ecocentrismo (Cecchetti 2000, p. 53). Essa, infatti, pur mirando al fine, condivisibile, di realizzare una migliore tutela dell'ambiente considerandolo come centro di imputazione di diritti in quanto tale, resta comunque una elaborazione che è frutto di una prospettiva umana, che non consente dunque di comprendere, in concreto, fino a che punto essa tuteli effettivamente gli interessi della natura, e non invece gli interessi umani connessi alla tutela della natura (Fracchia 2017, p. 187). Pertanto, senza negare l'importanza delle teorie ecocentriche, e il contributo che esse hanno fornito nella valorizzazione di ogni entità naturale, non è possibile prescindere dalla necessità di riconoscimento della centralità dell'essere umano (Cecchetti 2000, p. 54; Cecchetti 2006b, pp. 57).

La necessità di mantenere la centralità dell'essere umano, e dei diritti fondamentali della persona, è inoltre ritenuta da autorevole dottrina, italiana e straniera, come una delle chiavi di realizzazione di una efficace tutela dell'ambiente e di lotta al cambiamento climatico. Da un lato, infatti, è stato evidenziato (Corcione 2019, pp. 199-200) come il godimento dei diritti umani delle generazioni presenti e future dipenda principalmente dalla realizzazione di una strategia

ambientale efficace, che si ponga anche l'obiettivo di tutelarli. Un approccio differente, che trascuri la tutela della base ecologica dei diritti fondamentali, sarebbe pertanto scorretto (Fisher 2014, p. 4), e ignorerebbe l'impatto negativo causato dal cambiamento climatico e dai danni ambientali alla piena realizzazione di tali diritti (Jodoin e Lofts 2013; Lewis 2014; Wewerinke e Doebbler 2011). Da un altro lato, mantenendo la centralità dell'essere umano, rapportando correttamente la tutela dell'ambiente alla tutela dei diritti umani, si impone altresì la comprensione e il rispetto dei limiti ecologici che si incontrano nella loro realizzazione (Fisher 2014, p. 4). Ciò vale a dire che un approccio correttamente basato sul rispetto dei diritti fondamentali, e del loro rapporto con l'ambiente e con le risorse naturali, comporta necessariamente l'insorgere di doveri di responsabilità in capo ai titolari di tali diritti (Lugaresi 2011, p. 61).

È appunto il profilo della responsabilità a rappresentare il terzo elemento che consente di affermare l'imprescindibilità della prospettiva antropocentrica nella tutela costituzionale dell'ambiente. Come la tutela del paesaggio è stata oggetto di un'interpretazione evolutiva, che ha consentito di equipararla, come si è visto, alla tutela ambientale, in modo analogo il principio antropocentrico deve essere oggetto di una «revisione ecocompatibile» (Cecchetti 2006b, p. 57), che intenda l'ambiente come relazione dinamica e continua tra natura e uomo, e che comprenda gli effetti dell'azione dell'uomo sulla natura (Tallacchini 1996, p. 160). Proprio alla luce dell'affermazione del valore costituzionale dell'ambiente, l'antropocentrismo deve cioè intendersi non nel suo significato tradizionale, secondo il quale l'uomo si pone come essere dominante sulla natura, la cui centralità è posta in termini di superiorità, in una prospettiva utilitaristica che riconosce un valore all'ambiente fintanto che esso è funzionale al soddisfacimento dei propri bisogni (Cecchetti 2000, pp. 49 ss.). Al contrario, la centralità dell'essere umano deve porsi sotto il profilo della responsabilità nei confronti dell'ambiente, e la sua superiorità come capacità di realizzarne la tutela (*Ibidem*, p. 54; Olivetti Rason e Sartoretti 2018, p. 4).

L'elaborazione costituzionale del principio personalista, come è noto, ha permesso di superare l'individualismo liberale, collocando la persona nella società umana e nel pluralismo sociale cui appartiene (Galeotti 1996, p. 8; Messinetti 2014, p. 91), rendendo i cittadini soggetti e responsabili del loro agire (Häberle 2005, pp. 164 ss.). Comprendendo in senso lato tale rapporto tra individuo e società, considerandolo anche come componente essenziale degli equilibri ecologici, cui appartiene insieme agli altri esseri viventi (Caravita di Toritto 1996, pp. 352-353), tali profili di responsabilità assumono dunque un significato ulteriore, in chiave di tutela ambientale, la cui assunzione è imposta in capo ad ogni individuo nei

confronti della collettività, in una prospettiva di solidarietà ambientale condivisa (Colella 2020, p. 117; Fracchia 2017, p. 186)⁵.

3. La solidarietà come fondamento dei doveri di tutela ambientale

L'affermazione dell'imprescindibilità del principio personalista-antropocentrico e la sua declinazione in termini di responsabilità ambientale, delineata nel paragrafo precedente, conduce necessariamente all'analisi di un ulteriore profilo che ha rappresentato, e rappresenta tuttora, uno dei fondamenti della tutela ambientale come dovere condiviso: il principio solidarista, che costituisce infatti uno degli elementi che, richiamando nuovamente l'espressione di Grassi (2017, p. 11), consentono di affermare la *capacità di futuro* della Costituzione italiana sotto il profilo della tutela ambientale.

Fondamento di tale principio è, come del principio personalista, l'articolo 2 Cost. e la richiesta di adempiere ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Andando a esaminare l'importanza del principio solidarista, la sua inclusione espressa accanto a quello personalista non solo fa sì che questo rappresenti un valore costituzionale riconosciuto e garantito, e dunque vincolante, ma che esso si leghi in modo inscindibile con la tutela dei diritti fondamentali, divenendone una implicazione naturale (Galeotti 1996, pp. 4 e 6). Ciò giustifica dunque, come si è accennato, il riconoscimento di doveri in capo ai medesimi titolari dei diritti, in considerazione della loro appartenenza alla società in cui essi vivono e di cui essi sono responsabili (*Ibidem*, p. 7)⁶. Richiamando una efficace

⁵ Come evidenziato da Olivetti Rason e Sartoretti (2018, p. 8), è particolarmente interessante notare come la ricostruzione della tutela ambientale in termini di responsabilità condivisa, derivante dalla comprensione delle dinamiche tra uomo e natura, fosse in effetti già presente nel primo articolo del preambolo alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano del 1972, il quale recita che «L'uomo è al tempo stesso creatura e artefice del suo ambiente, che gli assicura la sussistenza fisica e gli offre la possibilità di uno sviluppo intellettuale, morale, sociale e spirituale. Nella lunga e laboriosa evoluzione della razza umana sulla terra, è arrivato il momento in cui, attraverso il rapido sviluppo della scienza e della tecnologia l'uomo ha acquisito la capacità di trasformare il suo ambiente in innumerevoli modi e in misura senza precedenti. I due elementi del suo ambiente, l'elemento naturale e quello da lui stesso creato, sono essenziali al suo benessere e al pieno godimento dei suoi fondamentali diritti, ivi compreso il diritto alla vita».

⁶ Sottolineando ulteriormente l'importanza della formulazione del principio solidarista nel medesimo articolo di quello personalista, Rossi (2006, pp. 54 ss.) nota come questo rappresenti l'unico strumento capace di affermare l'esistenza di doveri in capo all'individuo: essendo la libertà il principio generale dell'ordinamento, e ponendo la tutela dei diritti fondamentali come valore primario, solo l'inclusione del principio solidarista all'articolo 2, quale valore costituzionale speculare a quello personalista, può rappresentare la ragione giustificatrice dei doveri di solidarietà.

ricostruzione della Corte costituzionale, il principio solidarista, «comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo dall'art. 2 della Carta costituzionale, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sent. n. 175/1992, punto 2 del Considerato in diritto).

La dinamica del principio solidarista trova poi un richiamo nell'articolo 3, comma 2 Cost., nella formulazione del principio di eguaglianza sostanziale, anch'esso rappresentante espressione del valore centrale della persona umana e della priorità di realizzarne il suo pieno sviluppo e la sua integrazione sociale (Fracchia 2012, p. 575; Galeotti 1996, p. 10). Tale richiamo consente di individuare due tipologie di solidarietà: la prima, espressa dall'articolo 2, doverosa e fraterna, quale responsabilità dell'individuo verso la collettività e che coinvolge la Repubblica quale garante dell'adempimento di tali doveri di responsabilità; la seconda, espressa dall'articolo 3, secondo comma, che esprime invece una solidarietà di stampo pubblico, paterno, che impone invece una funzione attiva dello Stato e degli altri soggetti pubblici verso i cittadini (Galeotti 1996, pp. 10-11; Rossi 2006, p. 58).

Rapportando il principio solidarista alle finalità di tutela ambientale, esso assume rilievo tanto nella sua connotazione orizzontale, quanto in quella verticale. Come si è già affermato nella conclusione del precedente paragrafo, la prima dimensione dei doveri condivisi verso la tutela dell'ambiente è infatti connessa alla considerazione di tale finalità come valore costituzionale, e dunque come principio ispiratore della società e di tutti gli individui che la compongono. Il valore ambiente, che nell'applicazione del principio personalista impone di considerare il rapporto tra uomo e natura nella realizzazione dei diritti fondamentali, allo stesso tempo consente dunque di giustificare l'esistenza dei doveri di tutela della natura riconducibili a tutti i cittadini (Cocconi 2019, p. 278; Morbidelli 1996, pp. 1166-1167). In altri termini, ed evidenziando un'ulteriore analogia con il principio personalista e la tutela dei diritti, così come il catalogo dei diritti enunciati dal testo della Costituzione è stato ritenuto suscettibile di espansione, affermando la tutela di situazioni giuridiche non espressamente riconosciute, allo stesso modo non si deve ritenere esaustivo l'elenco dei doveri costituzionali. Questo può pertanto essere dilatato dal legislatore tramite l'elaborazione di nuovi obblighi, connessi alla realizzazione delle finalità di solidarietà politica, economica e sociale (Rossi 2006, pp. 54 ss.), che ricomprendono necessariamente, alla luce del valore costituzionale dell'ambiente, i doveri connessi alla sua realizzazione.

Osservando invece la dimensione verticale del principio solidarista, ossia la funzione attiva della Repubblica di intervento verso diversi fini sociali, anche tale dimensione consente di configurare un dovere di tutela ambientale in capo allo Stato e agli altri soggetti pubblici, che impone la garanzia di adeguate condizioni

di vita per i cittadini e la tutela dell'ambiente in cui essi vivono (Galeotti 1996, pp. 14 ss.), in quanto appunto prerequisito necessario per realizzare appieno lo sviluppo della personalità dell'individuo (Amirante 2012, p. 246). Tale connotazione del principio solidarista è inoltre effetto diretto dell'attribuzione di primarietà al valore ambientale, descritta nel primo paragrafo: dato che il principio di primarietà della tutela dell'ambiente impone una particolare considerazione di tale finalità, tale da richiederne l'inclusione e la valutazione in ogni processo decisionale, politico o amministrativo (Cecchetti 2000, p. 88, e 2006b, pp. 62 ss.), essa va necessariamente a definire anche i doveri di solidarietà perseguiti dalla Repubblica. La tutela ambientale si configura dunque, in virtù di tali principi, come un obiettivo fondamentale dello Stato e di tutti i soggetti pubblici, fondandone la legittimazione (Murswiek 1995, p. 31) e i profili di responsabilità (Amirante 2012, p. 277; Mazzanti 2017, p. 454).

I principali strumenti che consentono di realizzare tali doveri e finalità sono quelli offerti dalle disposizioni costituzionali che disciplinano i meccanismi di controllo pubblico, diretto o indiretto, dell'attività economica, vale a dire la leva tributaria di cui all'articolo 53 Cost., e la possibilità di introdurre meccanismi di controllo e indirizzo di tale attività, disciplinati negli articoli dal 41 al 44 Cost. (Galeotti 1996, pp. 14 ss.). Sotto questo ultimo profilo, il principio di solidarietà in materia ambientale, imponendo doveri di tutela tanto in capo ai cittadini quanto ai soggetti pubblici, consente di rappresentare la fondazione di una innovazione nei loro rapporti, definendoli non tanto secondo un approccio tradizionale di *command and control* e di regolazione diretta dell'attività economica, bensì seguendo un'ottica di cooperazione tra pubblico e privato (Cecchetti 2006b, 125 ss.). In considerazione della trasversalità dei doveri di tutela ambientale, che investono indistintamente entrambe le categorie di soggetti⁷, e davanti alla sfida dello sviluppo sostenibile, che richiede di coniugare in modo efficiente tanto la tutela dell'ambiente, quanto lo sviluppo economico, il principio di solidarietà si pone cioè alla base dell'introduzione dei meccanismi di orientamento del mercato che coinvolgono direttamente il privato, attraverso strumenti alternativi rispetto a quello regolatorio, come ad esempio l'erogazione di incentivi (Cocconi 2019, pp. 116-117), che consentirebbero altresì di concepire l'ambiente e la sua tutela non

⁷ Tanto che, come osservato da Caputi Jambrenghi (1996, pp. 340-341) perde di significato la distinzione, nell'ottica di realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale, tra beni pubblici e privati. Considerando infatti i beni pubblici come beni aperti all'uso collettivo, essi sono indubbiamente posti al servizio degli interessi della società, incluso quello ambientale. Tuttavia, allo stesso modo la proprietà privata, avendo funzione sociale, risponde necessariamente ai medesimi interessi, di modo che appunto i soggetti pubblici e quelli privati sono portatori dei medesimi doveri, seppur con intensità differenti e variabili.

come ostacoli allo sviluppo economico, ma come mezzo per la sua promozione (Hart 1997; Rossi 2017, p. 20; Rossi 2020).

Il principio solidarista può inoltre essere inteso, in un'ottica più ampia, come principio di corresponsabilità e di cooperazione in ambito internazionale ed europeo, imponendo cioè che ogni soggetto, ad ogni livello territoriale di governo, partecipi attivamente e assuma responsabilità ben definite per realizzare gli obiettivi di tutela dell'ambiente (Cecchetti 2006b, pp. 123 ss.; Grassi 1996, p. 918). L'apertura verso il diritto internazionale ed europeo, derivante dagli articoli 10, 11 e 117 Cost., rappresenta un ulteriore aspetto di fondamentale importanza, sia per la formazione del valore costituzionale dell'ambiente che per la sua realizzazione (Grassi 2017, pp. 14 ss.). Come si è accennato, tale apertura, e l'adesione ai principali strumenti internazionali ed europei di tutela ambientale⁸, hanno infatti consentito alla giurisprudenza della Corte costituzionale di integrarne progressivamente i principi (Cecchetti 2000, pp. 9 ss.). Sotto un'altra prospettiva, la medesima apertura conferisce al dovere di tutelare l'ambiente, riconosciuto in capo alla Repubblica, la connotazione di un vero e proprio dovere internazionale orientato alla conservazione degli equilibri ambientali (Caputi Jambrenghi 1996, pp. 340-341), in considerazione del fatto che tale obiettivo non può che essere realizzato all'interno di un sistema multilivello, che richiede il coinvolgimento e la cooperazione di tutti i soggetti di diritto internazionale (Olivetti Rason e Sartoretti 2018, p. 4), favorendo lo scambio reciproco di soluzioni normative alle questioni ambientali (Pozzo 2020, pp. 31 ss.). Il valore della cooperazione internazionale si affianca dunque necessariamente a quello ambientale (Caravita e Morrone 2016, pp. 34 ss.), ponendosi come ulteriore fondamento di qualunque sistema che intenda perseguire una tutela efficace ed effettiva dell'ambiente e delle risorse naturali (Cecchetti 2000, pp. 260 ss.), e come strumento necessario per la realizzazione di un approccio fondato sul rispetto della persona e dei suoi diritti fondamentali (Wewerinke e Doebbler 2011, pp. 141).

Infine, concludendo l'analisi del rapporto tra il valore costituzionale ambiente e il principio solidarista, si può affermare pacificamente che esso rappresenta il fondamento dei doveri di responsabilità ambientale non solo in un'ottica di contemporaneità, operando anche nel rapporto tra generazioni (Morbidelli 1996, p. 1166; Rossi 2006, p. 57) e assumendo dunque carattere intergenerazionale, collegandosi così alla realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile. Tale principio, come quello solidarista, è infatti costruito in termini di doverosità e di responsabilità condivise da tutti gli appartenenti alle generazioni presenti nei

⁸ Per una ricostruzione esaustiva dell'evoluzione del diritto ambientale negli ordinamenti internazionale ed europeo, si rimanda rispettivamente a Montini (2012) e Rota (2012).

confronti di quelle future (Fracchia 2012, p. 575). Il principio solidarista, pertanto, rappresenta senza dubbio uno degli elementi fondanti dell'attuale concezione del valore costituzionale dell'ambiente, imponendo per sua natura di guardare al futuro (Olivetti e Rason, p. 29), e di comprendere in chiave dinamica le relazioni tra individuo, società, e ambiente.

4. Considerazioni conclusive, sull'opportunità di una revisione costituzionale

La carta costituzionale, grazie ai principi in essa enunciati e descritti nei paragrafi precedenti, ha dunque dimostrato chiaramente di poter rappresentare il fondamento di quella interpretazione evolutiva, realizzata pienamente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha consentito di includere la tutela dell'ambiente tra i medesimi principi e tra gli obiettivi primari della Repubblica (Caravita di Toritto 1999, p. 196). L'inclusione nel testo costituzionale della tutela del paesaggio e dei principi personalista e solidarista, congiuntamente all'apertura verso le scienze e la ricerca, e verso gli ordinamenti internazionale ed europeo, hanno in altri termini rappresentato, e continuano a rappresentare, una solida base per il riconoscimento del valore costituzionale ambiente e per l'individuazione degli strumenti necessari alla sua attuazione.

In virtù di tali conclusioni, è pertanto necessario interrogarsi sull'importanza che possa avere, oggi, una riforma del testo costituzionale volta a introdurre un riconoscimento espresso della tutela ambientale, come proposto dai numerosi disegni di revisione, presentati negli ultimi decenni, e finora irrealizzati (Porena 2020, pp. 400 ss.). A tal riguardo, si deve anzitutto escludere, in considerazione dell'analisi svolta finora, che una riforma in tal senso debba ritenersi urgente per l'ordinamento, o necessaria, per superare l'obsolescenza del testo Costituzionale del 1948, che come si è detto racchiude in sé gli strumenti che permettono di superarne le lacune (Caravita e Morrone 2016, p. 36; De Leonardis 2004, pp. 4-5). Se dunque l'introduzione di una disposizione costituzionale espressa non può porsi in termini di necessità, il quesito deve necessariamente porsi sull'opportunità e sull'auspicabilità di tale revisione, in particolare in termini di confronto con le evoluzioni, costantemente in atto, in ambito giurisprudenziale e nei contesti internazionale ed europeo.

Sotto tale profilo, la positivizzazione del valore ambientale si deve indubbiamente considerare come auspicabile (Amirante 2012, pp. 275; Caravita e Morrone 2016, p. 36), proprio in virtù di tale duplice evoluzione, al fine di tracciare un punto fermo, un bilancio di quanto espresso dal diritto vivente (De Leonardis 2004, pp. 4-5; Gusmai 2015, p. 20), che possa rappresentare il fondamento di un suo ulteriore sviluppo e un impulso in tal senso per il legislatore (Cocconi 2019, p. 136). Perché tale risultato sia realizzabile, è tuttavia necessario considerare non solo le opportunità, ma altresì i rischi insiti in una simile ipotesi di revisione, la

quale, se operata in modo scorretto, non solo non le consentirebbe di mantenere la coerenza con gli sviluppi finora realizzati, ma rischierebbe al contrario di vanificarli e di alterare i delicati equilibri connessi alla tutela ambientale (De Leonardis, pp. 5 ss.). A tal fine, un primo elemento da definire è rappresentato dall'oggetto della tutela, e dalla sua definizione, in merito al quale è possibile evidenziare la diversità delle proposte di riforma avanzate finora, le quali spesso non sono volte alla semplice introduzione della tutela ambientale tra i principi fondamentali. Esse infatti la affiancano, o la sostituiscono, alle esigenze di tutela della biodiversità, degli ecosistemi, e dell'equilibrio tra gli ecosistemi. Essendo il concetto di ambiente intrinsecamente poliedrico e multidimensionale, in particolare per la sua necessaria connessione con le costanti evoluzioni delle scienze ecologiche (Cecchetti 2000, pp. 1, 4), esso include necessariamente anche tali esigenze di tutela, la cui menzione dovrebbe quindi ritenersi ultronea. In caso contrario, se ognuna di esse avesse un significato proprio e distinto, si porrebbe il duplice problema di definire tanto tali esigenze, quanto gli elementi che le distinguono dalla tutela ambientale in senso stretto (De Leonardis 2004, p. 2). Conseguentemente, qualsiasi tentativo di riforma dovrebbe fuggire dal fallace tentativo di definire una tutela dell'ambiente onnicomprensiva, che includa ogni suo elemento e principio, per le intrinseche difficoltà definitorie che tale (inutile) sforzo comporterebbe (Caravita di Toritto 1996, pp. 343-345), e per la conseguente impossibilità, per il diritto, di fornire a tale definizione un valore giuridico e dei contenuti prescrittivi (Cecchetti 2006b, p. 6; Morbidelli 1996, pp. 1121 ss.).

A fronte di tale difficoltà, difficilmente superabile, che imporrebbe di limitare la revisione costituzionale unicamente all'inserimento, all'articolo 9 Cost.⁹, della tutela dell'ambiente o del valore ambiente, accanto a quella del paesaggio, parrebbe porsi il rischio, in assenza di ulteriori specificazioni, di realizzare un risultato di mera attestazione del riconoscimento già avvenuto in sede giurisprudenziale (De Leonardis 2004, p. 5). Tale rischio è tuttavia solamente apparente: uno dei caratteri essenziali di qualsiasi tentativo di revisione, che voglia efficacemente introdurre la tutela dell'ambiente nella Costituzione, è infatti rappresentato dall'esigenza di apportare una modifica essenziale (Cecchetti 2006b, p. 183), che utilizzi appunto formule sintetiche, in quanto tali capaci di aprirsi alle

⁹ Come evidenziato da De Leonardis (2004, p. 5), l'orientamento prevalente è infatti quello di inserire il riconoscimento espresso della tutela ambientale nell'articolo 9 Cost., sia per mantenere una continuità con l'evoluzione del diritto vivente, sia perché esso, rispetto agli articoli 2 e 32 Cost., che pure hanno rappresentato le basi di tale evoluzione, è l'unico a contenere la tutela del paesaggio come di un elemento che circonda l'individuo e cui l'individuo appartiene, ma non si esaurisce in esso, consentendo quindi di accentuare l'autonomia dell'oggetto della tutela..

ulteriori evoluzioni in campo scientifico e ai futuri svolgimenti normativi, inserendosi così in maniera coerente nell'evoluzione finora realizzatasi.

Al fine di realizzare un risultato più ampio, capace di specificare i contenuti della tutela costituzionale dell'ambiente nel nostro ordinamento, una soluzione ulteriore, da affiancare alla revisione costituzionale, è rappresentata dall'introduzione di una legge costituzionale, volta all'individuazione e alla specificazione dei principi cui uniformare gli interventi per la concreta realizzazione della tutela ambientale, ispirandosi in tal senso a quanto realizzato con la *Charte de l'Environnement* in Francia¹⁰. Tale strumento, prospettato da autorevole dottrina (Cecchetti 2006a, pp. 240-241; Cecchetti 2006b, pp. 189 ss.; Grassi 2017, p. 30), consentirebbe infatti di realizzare un'evoluzione ancor più significativa, in particolare in una prospettiva internazionale ed europea, andando non solo a uniformare l'ordinamento alla tendenza, ormai prevalente, al riconoscimento espresso della tutela costituzionale dell'ambiente e dei principi che ne fanno parte, ma altresì fornendo all'interprete nazionale un'importante chiave di interpretazione dei medesimi principi e delle loro interazioni, al fine di dare loro una più corretta ed efficace applicazione (Porena 2020, p. 400). Una legge costituzionale di principi permetterebbe, in altri termini, di adeguare tali principi, di origine sovranazionale, alle caratteristiche proprie dell'ordinamento nazionale, specificandoli e chiarendo le questioni trasversali relative ai rapporti tra materie, istituti e competenze (Cecchetti 2006b, pp. 189 ss.), offrendo altresì uno strumento di razionalizzazione della normativa esistente (Grassi 2017, p. 30). In tal senso, l'introduzione di un simile strumento costituirebbe indubbiamente un elemento di forte innovazione, in grado di dare continuità all'evoluzione costituzionale finora realizzata, attraverso la giurisprudenza della Corte e gli strumenti di diritto internazionale, e di conferirle una maggiore specificazione ed efficacia.

In conclusione, una revisione costituzionale ben strutturata, accompagnata dall'introduzione di una legge costituzionale di principi, volte al riconoscimento espresso della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione, e alla specificazione dei suoi principi, sarebbe certamente opportuna ed auspicabile, permettendo al testo costituzionale di continuare a rappresentare, per l'avvenire, una «Costituzione per il futuro» (Dogliani e Giorgi 2017, XIII).

¹⁰ Loi constitutionnelle n. 205/2005 del 1° marzo 2005.

Riferimenti bibliografici

AMIRANTE, D. (2012), *Profili diritto costituzionale dell'ambiente*, in Dell'Anno, P. e Picozza, E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente - Volume primo - Principi generali*, CEDAM, Padova, pp. 233-283.

AVERSENTI, G. (2020), *Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, pp. 3475-3481.

BAGNI, S. (2020), *Back to the future: building harmony with nature in the European Union by learning from our ancestors*, in Baldin, S. e De Vido, S. (a cura di) (2020), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, pp. 77-100.

BALDIN, S. (2020), *Biodiversity as a common good: insights into the Natura 2000 network and traces of a nature-based approach in the European Union*, in Baldin, S. e De Vido, S. (a cura di) (2020), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, pp. 59-76.

BALDIN, S. e DE VIDO, S. (a cura di) (2020), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Edizioni Università di Trieste, Trieste.

BARTOLE, S. e BIN, R. (2008), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova.

CAPUTI JAMBRENGHI, V. (1996), *Tutela dell'ambiente e beni pubblici (Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente)*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Giuffrè, Milano, pp. 311-341.

CARAVITA DI TORITTO, B. (1996), *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Giuffrè, Milano, pp. 343-360.

CARAVITA DI TORITTO, B. (1999), *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in Grassi, S., Cecchetti, M. e Andronio, A. (a cura di), *Ambiente e Diritto*, I, Leo Olschki, Firenze, pp. 175-215.

CARAVITA, B. e MORRONE, A. (2016), *Ambiente e Costituzione*, in Caravita, B., Casetti, L. e Morrone, A. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, pp. 17-38.

CECCHETTI, M. (2000), *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano.

CECCHETTI, M. (2006a), *Art. 9*, in Bifulco, R., Celotto, A. e Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I Articoli 1-54, UTET, Padova, pp. 217-241.

CECCHETTI, M. (2006b), *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "Diritto dell'ambiente"*, in *federalismi.it*, 25.

COCCONI, M. (2019), *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 3, pp. 113-162.

COLELLA L. (2020), *Educazione ambientale e valori costituzionali in Portogallo e in Italia*, in *Ambiente Diritto*, 1, pp. 110-131.

CORCIONE, E. (2019), *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale dello standard di condotta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, pp. 197-204.

CORDINI, G. (2012), *Diritto ambientale comparato*, in Dell'Anno, P. e Picozza, E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente - Volume primo - Principi generali*, CEDAM, Padova, pp. 101-149.

CROSETTI, A. (2018), *Le tutele differenziate*, in Crosetti, A., Ferrara, R., Fracchia, F. e Olivetti Rason, N. (a cura di), *Introduzione al diritto ambientale*, Laterza, Bari-Roma, pp. 271-373.

DE LEONARDIS, F. (2004), *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *federalismi.it*, 3, pp. 1-14.

DELLA GIUSTINA, C. (2020), *Il diritto all'ambiente nella Costituzione Italiana*, in *Ambiente Diritto*, 1, pp. 192-217.

DOGLIANI, M. e GIORGI, C. (2017), *Costituzione italiana: articolo 3*, Carocci, Roma.

FISHER, A.D. (2014), *A Human Rights-Based Approach to the Environment and Climate Change*, in *Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (GI-ESCR)*.

FRACCHIA, F. (2017), *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in Rossi, G. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, pp. 182-191.

FRACCHIA, F. (2012), *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in Dell'Anno, P. e Picozza, E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente - Volume primo - Principi generali*, CEDAM, Padova, pp. 559-608.

GALEOTTI, S. (1996), *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1, pp. 1-24.

GRASSI S. (2017), *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3, pp. 3-38.

GUSMAI, A. (2015), *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo e Rassegna online*, febbraio 2015.

HÄBERLE, P. (2005), *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana.

HART, S.L. (1997), *Beyond greening: strategies for a sustainable world*, in *Harvard Business Review*, January-February 1997, pp. 67-76.

JODOIN, S. e LOFTS, K. (2013), *Economic, Social & Cultural Rights and Climate Change - A legal reference guide*, New Haven, CISDL, GEM & ASAP.

LEMME, G. (2007), *Articolo 41 Cost. e sviluppo sostenibile: contrasto o concordanza? Note minime sulla modernità del concetto di utilità sociale*, in *Gazzetta Ambiente*, 4, pp. 85-91.

LEWIS, B.M. (2014), *The Human Right to a Good Environment in International Law and the Implications of Climate Change*, Monash University, Melbourne.

LUGARESI, N. (2011), *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in Santucci, G., Simonati, A. e Cortese, F. (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Quaderni

del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, Trento, pp. 43-71.

MAZZANTI, E. (2017), *Violazione di diritti umani e responsabilità dello Stato. La prevenzione dei disastri come "alternativa" al diritto penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, ETS, Pisa, pp. 447-480.

MESSINETTI, R. (2014), *Nuovi diritti della persona e dei beni comuni*, in Genga, N., Prospero, M. e Teodoro, G. (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli, Torino, pp. 87-118.

MONTINI M. (2012), *Profili di diritto internazionale*, in Dell'Anno, P. e Picozza, E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente - Volume primo - Principi generali*, CEDAM, Padova, pp. 9-100.

MORBIDELLI, G. (1996), *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Giuffrè, Milano, pp. 1121-1168.

MURSWIEK, D. (1995), *Umweltschutz als Staatszweck. Die ökologischen Legitimationsgrundlagen des Staates*, Economica Verlag, Bonn.

NESPOR, S. e CARAVITA DI TORITTO, B. (2009), *Diritto Costituzionale dell'ambiente*, in Nespor, S. e de Cesaris, A.L. (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Giuffrè, Milano, pp. 99-141.

OLIVETTI RASON, N. e SARTORETTI, C. (2018), *La disciplina dell'ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in Crosetti, A., Ferrara, R., Fracchia, F. e Olivetti Rason, N. (a cura di), *Introduzione al diritto ambientale*, Roma, Laterza, pp. 3-78.

PORENA, D. (2020), *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica*, in *Ambiente Diritto*, 3, pp. 387-403.

POZZO, B. (2020), *Sustainable Development*, in Baldin, S. e De Vido, S. (a cura di), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, pp. 11-35.

ROSSI, E. (2006), *Art. 2*, in Bifulco, R., Celotto, A. e Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Articoli 1-54, UTET, Padova, pp. 38-64.

ROSSI, G. (2017), *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in *Id* (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, pp. 10-28.

ROSSI, G. (2020), *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1, pp. 4-14.

ROTA, R. (2012), *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in Dell'Anno, P. e Picozza, E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente - Volume primo - Principi generali*, CEDAM, Padova, pp. 151-231.

TALLACCHINI, M. (1996), *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino.

TALLACCHINI, M. (1999), *Ambiente e diritto della scienza incerta*, Grassi, S., Cecchetti, M. e Andronio, A. (a cura di), *Ambiente e Diritto*, I, Leo Olschki, Firenze, pp. 57-100.

VASAK, K. (1977), *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in *UNESCO Courier*, 30, November 1977.

WEWERINKE, M. e DOEBBLER C.F.J. (2011), *Exploring the legal basis of a human rights approach to climate change*, in *Chinese Journal of International Law*, pp. 141-160.

Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*

GIULIO SANTINI**

Sommario

1. Contenuto e natura dell’iniziativa di revisione costituzionale. – 2. La revisione dei principi fondamentali. – 3. Le ragioni di una riforma – 4. Il diritto dell’ambiente nell’ordinamento europeo. – 5. L’integrazione dell’art. 9 Cost. – 6. La clausola sulla tutela degli animali. – 7. Il nuovo testo dell’art. 41 Cost. – 8. Le lacune della riforma. – 9. Riferimenti di diritto comparato. – 10. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 25 giugno 2021

Suggerimento di citazione

G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il presente contributo rappresenta una sintesi del seminario interdisciplinare *Costituzione e ambiente: la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione* (9 giugno 2021), organizzato nell’ambito delle attività del programma “STALS – Sant’Anna Legal Studies” (www.stals.santannapisa.it) della Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento “Sant’Anna” di Pisa. La relazione introduttiva è stata svolta da Marcello Cecchetti; sono intervenuti Francesca Biondi Dal Monte, Edoardo Chiti, Eloisa Cristiani, Giacomo Delledonne, Emiliano Frediani, Marco Frey, Luigi Gianniti, Luca Gori, Fabio Pacini, Pierdomenico Perata, Elena Vivaldi. L’incontro, aperto dal saluto di Gaetana Morgante, direttrice dell’Istituto Dirpolis della Scuola superiore “Sant’Anna”, è stato coordinato da Giuseppe Martinico, mentre le conclusioni sono state affidate a Emanuele Rossi. I contenuti di questo scritto sono stati condivisi con i partecipanti al seminario, fermo restando che la responsabilità di eventuali omissioni, inesattezze, errori è in capo esclusivamente all’autore.

** Allievo ordinario di Scienze giuridiche della Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento “Sant’Anna”, Pisa. Indirizzo mail: giulio.santini@santannapisa.it.

1. Contenuto e natura dell'iniziativa di revisione costituzionale

Il 9 giugno 2021 l'Assemblea del Senato della Repubblica ha approvato, in prima lettura, con 224 voti favorevoli, 23 astensioni e nessun voto contrario¹, un disegno di legge di revisione costituzionale recante modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente. Il testo su cui è avvenuta la deliberazione risulta dall'unificazione di varie proposte, presentate da parlamentari di varie forze politiche²; la formulazione di compromesso ha potuto raccogliere un consenso vastissimo, accolto con entusiasmo e una discreta risonanza mediatica.

Con questa iniziativa di revisione, si intende aggiungere un terzo comma all'art. 9 Cost. («[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»), nonché modificare le disposizioni dei commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost. (che suonerebbe: «L'iniziativa economica privata è libera. / Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. / La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*»; in corsivo i termini aggiunti).

L'obiettivo perseguito da questo intervento, quello di valorizzare il tema dell'ambiente, così attuale e cogente, nel testo di una Costituzione nata in un'epoca in cui la sensibilità sul punto doveva ancora maturare, deve essere certamente apprezzato; nondimeno, l'analisi di un'operazione di tale importanza può portare ad alcune considerazioni critiche, sia per alcuni limiti delle disposizioni approvate, sia per le diverse lacune. Il presente contributo si propone di riflettere costruttivamente sull'uno e sull'altro aspetto, evidenziando tanto i meriti della riforma, quanto gli aspetti suscettibili di miglioramento nel prosieguo dell'*iter* di revisione costituzionale.

2. La revisione dei principi fondamentali

Bisogna preliminarmente rilevare come, in caso di approvazione definitiva, si tratterebbe, nella parte relativa all'art. 9, della prima modifica apportata ai principi fondamentali della Costituzione. A questo proposito, non si può fare a meno di ricordare come la Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 1146 del

¹ Cfr. Senato della Repubblica. XVIII Legislatura. Assemblea, *Resoconto stenografico*, 334^a seduta pubblica, 9 giugno 2021, p. 26.

² In particolare, gli A.S. nn. 83 (De Petris e altri), 212 (De Petris e altri), 938 (Collina e altri), 1203 (Perilli), 1532 (Gallone), 1627 (L'Abbate), 1632 (Bonino), 2160 (Calderoli e altri).

1998, abbia esplicitamente affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»³. Se si deve tener presente che non necessariamente il contenuto dei primi dodici articoli partecipa tutto dello stesso valore “supremo”⁴, e, per converso, che dei principi “supremi” ben possono trovare sede in altra parte della Costituzione, ugualmente è opportuno interrogarsi sul punto, anche per concludere nel senso della integrabilità delle disposizioni sulla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, sempre che non venga, in concreto, stravolto il loro nucleo di significato più caratterizzante.

Il problema, del resto, era già stato sollevato in occasione di un tentativo di revisione dello stesso art. 9, avviato nella XIV Legislatura; dopo l’approvazione, da parte del Senato, di un testo che incideva direttamente sul secondo comma («Tutela l’ambiente naturale, il paesaggio, il patrimonio storico ed artistico della nazione»)⁵, la Commissione Affari costituzionali della Camera e poi la relativa Assemblea ritennero più opportuna, in luogo della novella, l’introduzione di un terzo comma, peraltro molto assonante con il progetto attualmente all’esame del Parlamento («Tutela l’ambiente e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. Protegge le biodiversità e promuove il rispetto degli animali»)⁶. Si intendeva così accogliere «non solo l’invito della società civile, ma anche una raccomandazione indiretta del presidente della Repubblica [...] che sottolineava come l’interconnessione tra i [primi] due commi fosse un valore assolutamente intoccabile»⁷.

Ma anche se si evita la novella (come fa il testo approvato dal Senato per l’art. 9, ma non per l’art. 41), il carattere necessariamente molto generale dei precetti iscritti nella carta costituzionale impedisce l’articolazione di una disciplina

³ C. cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, cons. diritto, 2.1.

⁴ Autorevolmente è stato escluso il valore supremo, ad esempio, dell’art. 12 sull’aspetto della bandiera nazionale (cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 138*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali: art. 134-139*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 724). Più di recente, in senso contrario si è pronunciato M. LUCIANI, *Art. 12*, Roma, Carocci, 2018, spec. pp. 10 ss.

⁵ XIV Legislatura, A.C. 553 e abbinati, nel testo approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 24 settembre 2003.

⁶ XIV Legislatura, A.C. 4307, nel testo approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 28 ottobre 2004.

⁷ Così il relatore Giulio Schmidt nella seduta della Camera dei deputati del 27 ottobre 2004 (Camera dei deputati. XIV Legislatura. Assemblea, Resoconto stenografico, 535^a seduta pubblica, p. 44). Il riferimento è al discorso tenuto da Carlo Azeglio Ciampi alla National Gallery di Washington il 13 novembre 2003, nel quale si sottolineava la stretta interdipendenza tra i primi due commi dell’art. 9 Cost.

dettagliata e creativa: operazione che potrebbe essere, invece, fruttuosamente condotta con lo strumento della legge costituzionale (il quale, peraltro, risulta piuttosto recessivo nell'esperienza italiana).

3. Le ragioni di una riforma

Riflettere sulla riforma costituzionale in oggetto impone di interrogarsi, in primo luogo, sul rapporto fra diritto costituzionale e tutela dell'ambiente. Se quest'ultimo è oggetto di politiche pubbliche, le quali richiedono processi decisionali, ponderazioni, istruttorie complesse, dalle quali scaturiscono scelte che spesso si rivelano divisive, drastiche, drammatiche, i pubblici poteri non possono essere limitati soltanto dal dovere di evitare opzioni manifestamente arbitrarie o irragionevoli⁸. Si rende invece necessario un parametro orientativo di legittimità, che rappresenti un canone di valutazione delle decisioni e un vincolo alla discrezionalità del legislatore.

Ora, un diritto costituzionale dell'ambiente esiste, formulato dal giudice delle leggi, con una giurisprudenza almeno quarantennale, che ha tutte le caratteristiche e i difetti del diritto casistico; una sua positivizzazione non innovativa, per riprendere una distinzione classica nella teoria costituzionale, si qualifica come mera operazione ricognitiva, di "bilancio", mancando l'occasione per porre un programma carico di obiettivi per l'avvenire⁹.

Sono tre gli approdi di origine pretoria che possono dirsi già iscritti nella costituzione materiale. In primo luogo, la rilevanza costituzionale dell'interesse ambientale, inteso come tutela sia paesaggistica sia ecologica, ricavabile dal combinato disposto dei vigenti artt. 9 e 32 Cost.; poi, la qualificazione dell'ambiente non già come oggetto di una situazione giuridica soggettiva, ma come valore costituzionale obiettivo di importanza fondamentale, che pure non gode di una primazia assoluta, ma di un plusvalore procedimentale¹⁰, e il cui nucleo

⁸ Nei settori caratterizzati dalla più ampia discrezionalità, si impongono comunque al legislatore i limiti del sindacato costituzionale «con riferimento a profili di arbitrarietà o di manifesta irragionevolezza» (cfr. C. cost., sent. 26 gennaio 1994, n. 4, cons. diritto, 2; e, in materia ambientale, C. cost., sent. 18 dicembre 2001, n. 412, cons. diritto, 6).

⁹ La distinzione tra documenti-programma e documenti-bilancio sorge dalla riflessione giuridica di impostazione marxista del primo dopoguerra, specie in riferimento ai diversi episodi del costituzionalismo sovietico (cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 146; G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010).

¹⁰ «Non v'è dubbio che gli interessi [...] relativi alla tutela del paesaggio come "forma del territorio e dell'ambiente", siano stati ripetutamente qualificati da questa Corte come "valori costituzionali primari" (cfr., tra le molte, le sentenze n. 151 del 1986, n. 359 e n. 94

essenziale deve essere sempre fatto salvo¹¹; infine, l'atteggiarsi trasversale della tutela, che si inserisce nel complesso di settori, materie e ambiti in cui intervengono le politiche pubbliche e nei quali si ripartono le competenze tra gli enti costitutivi della Repubblica.

4. Il diritto dell'ambiente nell'ordinamento europeo

Una disciplina molto più compiuta e analitica, che per completezza e approfondimento delle diverse implicazioni del tema ambientale risulta in qualche modo paradigmatica, è quella offerta dal diritto europeo; tanto più rilevante se si considera che la parte di gran lunga preponderante del diritto ambientale interno deriva dal diritto derivato dell'Unione.

Dall'Atto unico europeo del 1986¹², gli Stati membri hanno iscritto nei trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione importanti disposizioni, principi, limiti e vincoli circa la produzione giuridica in materia ambientale, che sono impiegati dalla Corte di giustizia dell'Unione come parametro di legittimità. Già all'art. 3, p. 3 del vigente TUE si legge che l'Unione persegue «lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato [...] su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (ma anche «su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi [e] su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»).

del 1985); primarietà che la stessa giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente definito come “insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici” (in questi termini, v. sentenza n. 151 del 1986). Tale affermazione rende evidente che questa “primarietà” non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la “primarietà” degli interessi che assurgono alla qualifica di “valori costituzionali” non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative» (C. cost., sent. 28 giugno 2004, n. 196, cons. diritto, 23).

¹¹ «La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (C. cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85, cons. diritto, 9).

¹² Cfr. in particolare l'art. 25 dell'Atto unico europeo, che introduce un titolo VII in materia di ambiente al trattato CEE.

Ulteriori e più precisi riferimenti sono offerti dal TFUE e dalla Carta di Nizza, con l'affermazione del principio di integrazione, per cui l'ambiente non rappresenta un diritto fondamentale, ma la matrice di tutte le politiche pubbliche¹³; con l'enunciazione dei principi che devono guidare la politica ambientale e i parametri a cui essa deve conformarsi, con uno speciale rilievo attribuito alle analisi costi-benefici¹⁴; con la costruzione di regole che informano i processi decisionali, anche con lo strumento dei programmi generali di azione, impiegati sin dagli anni Settanta, i quali si proiettano oltre i mandati degli organi elettivi, vincolando le scelte degli attori istituzionali futuri¹⁵.

¹³ «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (art. 11 TFUE). «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 37 Carta di Nizza).

¹⁴ «1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. 2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione. 3. Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili; delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. 4. Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità della cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati. Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali» (art. 191 TFUE).

¹⁵ «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, decidono in merito alle azioni che devono essere intraprese dall'Unione per realizzare gli obiettivi dell'articolo 191. 2. In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 e fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato

Al presente, tuttavia, si deve rilevare come il quadro europeo sia in corso di profonda trasformazione, in un processo i cui esiti sembrano estremamente aperti. L'architettura della costituzione economica europea, che bilancia gli interessi ambientali con altre istanze, quali il progresso sociale e la piena occupazione, è messa in crisi, pur se in modo non troppo esplicito, dal nuovo "Green Deal europeo"¹⁶, rilevante documento di indirizzo politico presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2019.

Il "Green Deal" ha un valore potenzialmente sovversivo di un'architettura ormai consolidata, in quanto sviluppa la logica della sostenibilità e dell'economia circolare prefigurandone uno sviluppo non necessariamente compatibile con gli altri obiettivi dell'azione politica dell'Unione. Tuttavia, se da una parte si accetta che la tutela ambientale, degli ecosistemi e della biodiversità possa entrare in conflitto con istanze di genere diverso, l'ordinamento non offre ancora strumenti di composizione. Né è scontato che i trattati, i quali impongono, come si è visto, il bilanciamento, possano rimanere un termine fisso di riferimento, qualora nella prassi si affermassero indirizzi diversi, orientati al perseguimento della primazia della dimensione ecologica.

Quanto alla riforma italiana, deve essere apprezzata la conformità alla disciplina europea del riferimento all'ambiente come valore obiettivo e non diritto

economico e sociale e del Comitato delle regioni, adotta: a) disposizioni aventi principalmente natura fiscale; b) misure aventi incidenza: sull'assetto territoriale; sulla gestione quantitativa delle risorse idriche o aventi rapporto diretto o indiretto con la disponibilità delle stesse; sulla destinazione dei suoli, ad eccezione della gestione dei residui; c) misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, può rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria alle materie di cui al primo comma. 3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adottano programmi generali d'azione che fissano gli obiettivi prioritari da raggiungere. Le misure necessarie all'attuazione di tali programmi sono adottate conformemente alle condizioni previste al paragrafo 1 o al paragrafo 2, a seconda dei casi. 4. Fatte salve talune misure adottate dall'Unione, gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale. 5. Fatto salvo il principio "chi inquina paga", qualora una misura basata sul paragrafo 1 implichi costi ritenuti sproporzionati per le pubbliche autorità di uno Stato membro, tale misura prevede disposizioni appropriate in forma di deroghe temporanee e/o sostegno finanziario del Fondo di coesione istituito in conformità dell'articolo 177» (art. 192 TFUE).

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Il Green Deal europeo", 11 dicembre 2019.

soggettivo,¹⁷ e anche il riferimento all'interesse delle future generazioni, che accoglie la prospettiva di lungo periodo fatta propria dal diritto dell'Unione. Tuttavia, non può non rilevarsi una eccessiva timidezza, caratterizzata, per esempio, dal mancato recepimento di concetti anche estremamente consolidati, quali lo "sviluppo sostenibile"; per non parlare poi dell'occasione persa per offrire possibili soluzioni ai nuovi problemi di cui si è fatto cenno: emerge quasi un'attitudine rinunciataria a contribuire all'avanzamento giuridico continentale, offrendo spunti, suggestioni e possibili soluzioni di diritto interno.

5. L'integrazione dell'art. 9 Cost.

Nel nuovo testo dell'art. 9 Cost., come si è visto, il riferimento al solo "paesaggio", che pure era stato sufficiente alla costruzione di un diritto dell'ambiente costituzionalmente orientato, viene integrato con nuovi riferimenti, declinati alla luce dell'evoluzione culturale e della sensibilità pubblica. In questo senso, si deve rilevare anche l'evoluzione rispetto alla l. cost. n. 3 del 2001, che aveva introdotto all'art. 117 Cost. la dicitura «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema» (co. 2, lett. s)): adesso si aggiunge il richiamo alla "biodiversità", e si dà un'accezione plurale agli "ecosistemi" (così da suggerire composizione e non alterità fra questi e l'ambiente).

Si tratta di un passo avanti rispetto alla concezione originaria dei costituenti, che avevano piuttosto a mente l'idea della natura come insieme di «monumenti»¹⁸. Fatto sintomatico della maggior rilevanza della dimensione più strettamente paesistica negli interessi dell'opinione pubblica del secondo dopoguerra è, ad esempio, la nascita di movimenti, come quello di Italia Nostra (1955), specificamente votati alla protezione dell'ambiente nei suoi aspetti estetici e culturali; solo a metà degli anni Sessanta nel mondo associativo si sarebbero affacciate istanze ambientaliste (il Wwf è attivo in Italia dal 1966). Molto è cambiato nel corso dei decenni, e la sensibilità non solo civica ma anche dei soggetti istituzionali (consolidatasi anche in sedi internazionali, a cominciare dalle Conferenze di Stoccolma del 1972 e di Rio de Janeiro del 1992, fino alle attuali, periodiche Conferenze della Nazioni unite sui cambiamenti climatici), ha ormai pienamente acquisito la necessità di assumere come paradigma una prospettiva ben più ampia.

¹⁷ Anche se alcune iniziative parlamentari muovevano in senso diverso, qualificando l'ambiente (salubre) come diritto fondamentale della persona. In specie, cfr. gli A.S. 83 (De Petris e altri), 212 (De Petris e altri), 938 (Collina e altri), 1632 (Bonino).

¹⁸ Si rammenti la formulazione del testo approvato in Costituente dalla I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione il 30 ottobre 1946: «I monumenti storici, artistici e naturali, a chiunque appartengano ed in qualsiasi parte del territorio della Repubblica, sono sotto la protezione dello Stato».

Nondimeno, da un punto di vista diverso, quello del linguaggio delle scienze biologiche, la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. può invece destare alcune perplessità, che potrebbero ripercuotersi anche in sede interpretativa. Il termine "ambiente", infatti, sarebbe già di per sé idoneo a significare la pluralità degli ecosistemi, a loro volta caratterizzati da un certo grado di biodiversità, dato dalla coesistenza delle varie specie, dal clima e dalla presenza di risorse naturali.

Inoltre, non bisognerebbe commettere l'errore di qualificare le attività dell'uomo come separate dal contesto naturale: la capacità antropica di alterare contesti preesistenti a proprio vantaggio non è esclusiva, ma condivisa con altre specie (spesso in forme singolarmente affini: si pensi al controllo delle acque per mezzo di sbarramenti e dighe). Anche gli ecosistemi urbani, dove si legge il segno più profondo della presenza di una specie particolarmente invasiva come la nostra, possono, del resto, presentare un elevato grado di biodiversità: ma non sempre questa risulta desiderabile (ad esempio, quando siano presenti animali dannosi per la salute o per il decoro).

Quanto alla preservazione ambientale, occorre tener presente che un certo livello di mutamento è inevitabile, soprattutto in relazione a eventuali cambiamenti climatici; tentare di impedirlo, senza tener conto della naturale evoluzione degli ecosistemi, può rivelarsi insostenibile e, in fondo, illusorio.

Infine, si deve rilevare come i valori legati all'ambiente e alla biodiversità possano entrare in contrasto con le esigenze di tutela del paesaggio: non è solo il caso degli ambienti urbani, ma anche di quelli della campagna fortemente antropizzata, caratterizzati da uno sfruttamento intensivo del territorio e dalla monocoltura. Si renderà necessario procedere a un nuovo tipo di bilanciamento, tra la dimensione storica ed estetica e quella più strettamente biologica.

A fronte di queste pur pregnanti considerazioni, non si deve dimenticare, però che il lessico dei testi giuridici non coincide mai con quello dei testi scientifici: sovrapposizioni, ripetizioni, ambiguità nelle disposizioni possono essere volute e persino strumentali a esiti ermeneutici di maggior fecondità. Talora, però, in esse si leggono i sintomi di contraddizioni irrisolte e forse irrisolvibili.

Un esempio molto significativo in tal senso è quello che deriva dalla distinzione semantica che il "Green Deal europeo" compie rispetto ai termini "ambiente" e "biodiversità". Il primo rappresenta un valore specificamente tutelato all'interno della nuova costituzione economica europea, nel tentativo di correggere il funzionamento del mercato e delle ordinarie regole pro-concorrenziali che lo disciplinano, così da perseguire un rilevante fine sociale che sarebbe altrimenti ignorato dagli attori economici. La tutela e preservazione della seconda, invece, si manifesta, pur nell'incerta qualificazione giuridica, come limite generale da tener fermo nel rapporto dell'uomo con il pianeta.

Se, dal punto di vista scientifico, l'oggetto è in fondo lo stesso, una qualificazione normativa differenziata non è facilmente sostenibile; ma non tener

conto di questa tensione terminologica rischierebbe di disallineare l'intervento di revisione costituzionale con i caratteri del futuro prossimo della disciplina europea in materia ambientale.

6. La clausola sulla tutela degli animali

All'art. 9 Cost. si vuole anche aggiungere una clausola sugli animali, che riserva alla legge dello Stato il compito di «disciplinare i modi e le forme di tutela». Questa disposizione è stata oggetto delle maggiori controversie nell'esame parlamentare, e rappresenta una forma di compromesso tra le posizioni di quanti avrebbero preferito una formulazione che riconoscesse in capo agli animali il carattere di esseri senzienti¹⁹, ricalcata su quella dell'art. 13 TFUE²⁰, e quelle di coloro che ritenevano il riferimento alla fauna già ricompreso nei termini "ambiente", "biodiversità", "ecosistema"²¹.

Assume altresì valenza compromissoria la previsione, approvata nel corso dell'esame in aula, secondo la quale la legge di cui all'art. 9 «si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi Statuti»²² (art. 3); così, viene fissata una riserva di legge statale "a geometria variabile" rispetto all'efficacia nei diversi territori, peraltro in controtendenza rispetto allo spirito che ha tendenzialmente caratterizzato gli interventi di riforma più recenti, volto a perseguire forme di maggiore omogeneità e integrazione.

Una previsione costituzionale che introduca un riferimento esplicito alla dimensione faunistica può rappresentare un parametro utile nel giudizio costituzionale e anche ordinario, che, finora, ha trovato difficoltà a ricostruire i rapporti tra l'uomo e gli animali alla luce di norme costituzionali. Così, nei procedimenti davanti alla Corte costituzionale, sul punto sono stati invocati ora il

¹⁹ L'A.S. 212, di iniziativa De Petris e altri (3 aprile 2018), avrebbe aggiunto all'art. 9 il seguente terzo comma: «la Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche».

²⁰ «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale» (art. 13 TFUE).

²¹ Cfr. anche gli emendamenti soppressivi del riferimento agli animali: 1.203 (La Pietra e altri), 1.204 (La Pietra e altri), 1.205 (Abate).

²² Cfr. gli emendamenti 1.210 (Durnwalder e altri), 2.0.200 (Calderoli e altri), 2.0.201 (Durnwalder e altri).

riparto di competenze previsto dall'art. 117 Cost.²³, ora il rispetto degli obblighi internazionali²⁴. Anche i giudici di merito, sulla base del diritto europeo e convenzionale hanno già affermato l'alterità degli animali rispetto alle cose generiche e l'esistenza di un "diritto soggettivo all'animale da compagnia": in tal senso, si ricordano decisioni sull'affidamento congiunto dei gatti di famiglia nel caso di un procedimento di separazione personale²⁵, o la nomina di un amministratore sostegno ausiliario per la cura del cane di una persona anziana ricoverata in una residenza sanitaria²⁶.

Tanto premesso, si deve rilevare la collocazione decisamente incongrua di una riserva di legge statale nell'ambito dei principi fondamentali, laddove avrebbe potuto trovare una sede più adeguata nell'ambito dell'art. 117 Cost. Tale riserva, infatti, non ha soltanto un valore di garanzia, ma segna anche un limite alla competenza legislativa regionale, escludendo che possano intervenire provvedimenti normativi degli enti territoriali (a statuto ordinario)²⁷. La posizione nella topografia costituzionale, in effetti, ha di per sé un rilevante significato interpretativo: è alla luce dell'art. 9 che dovranno essere lette le altre disposizioni costituzionali, comprese quelle del titolo V.

L'intervento di revisione, che intesta una «riserva di modo di disciplina»²⁸ esclusivamente in capo al legislatore statale, avrà dunque un effetto di compressione della competenza regionale nelle materie concorrenti e residuali,

²³ Cfr. ad esempio la sent. 11 giugno 2004, n. 166, in cui le norme sul benessere degli animali utilizzati per la sperimentazione sono ricondotte alla materia "ricerca scientifica" di cui all'art. 117, co. 3 Cost.

²⁴ Oltre al già richiamato art. 13 TFUE, cfr. il dettato della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, conclusa a Strasburgo il 13 novembre 1987, recepita con l. 4 novembre 2010, n. 201, su cui l'ord. 12 maggio 2017, n. 112.

²⁵ Trib. Milano, IX sez. civile, decreto 13 marzo 2013 («non essendo l'animale una "cosa", [...] bensì un essere senziente, è legittima facoltà dei coniugi quella di regolarne la permanenza presso l'una o l'altra abitazione e le modalità che ciascuno dei proprietari deve seguire per il mantenimento dello stesso»).

²⁶ Trib. Varese, uff. volontaria giurisdizione, decreto 7 dicembre 2011 («deve essere [...] riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da compagnia [...] anche in capo all'anziano soggetto vulnerabile dove [...] tale soggetto esprima, fortemente, la voglia e il desiderio di continuare a poter frequentare il proprio cane»).

²⁷ In dottrina è stato affermato che la riserva di legge, di per sé, non esclude l'esercizio da parte delle Regioni, sempre che non ostino i limiti di competenza (cfr. M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, in T. GROPPi, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 93 ss.).

²⁸ Secondo la classica sistematica che contrappone questo genere di riserva a quella di "campo materiale": cfr. G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie (aspetti problematici)*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 89 ss.

anche alla luce del fatto che la tutela degli animali può atteggiarsi con un fascio vastissimo di discipline settoriali, che investono un gran numero di ambiti (dall'agricoltura alla sanità, dalle politiche sociali al governo del territorio), con una capacità di proiezione potenzialmente molto incisiva. Da tenere presente anche l'alterazione di competenze per quanto riguarda il recepimento del diritto agro-ambientale europeo.

7. Il nuovo testo dell'art. 41 Cost.

Il nuovo testo dell'art. 41 aggiunge un nuovo limite (a due facce: quella della salute e quella dell'ambiente) alla libertà di iniziativa economica privata, aggiuntivo a quelli dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana. L'intervento, coerente con il principio "non arrecare danni significativi", che ispira, tra l'altro, le iniziative "Next Generation EU" e il Piano nazionale di ripresa e resilienza²⁹, ripropone il tradizionale concetto di ambiente come limite, una lettura classica che, inserendosi in una logica conflittuale rispetto ad altri valori costituzionali, tende ad esaltare il carattere antagonista di questo interesse³⁰.

Un *quid pluris* deriva invece dal terzo comma, dove si rivisita l'idea di *limite-limes*, nel doppio significato latino che, associa all'idea di "confine" quella di "sentiero" aperto verso nuovi orizzonti. La disposizione per cui la legge deve determinare programmi e controlli a indirizzo ambientale acquisisce una speciale capacità di orientamento, che, in qualche modo, supera l'idea per cui le attività antropiche debbano tener conto delle esigenze ecologiche, e delinea una nuova concezione nella quale all'ambiente stesso è riconosciuta una potenzialità "per lo sviluppo"³¹.

Sarebbe forse stato l'art. 41 il luogo più adatto per introdurre i riferimenti allo sviluppo sostenibile, l'obiettivo sistemico della relazione tra interessi contrapposti; o, con maggiore coraggio, a una delle declinazioni più attuali del concetto ("transizione ecologica", "futuro sostenibile"³², "protezione sostenibile"³³). Queste

²⁹ Cfr. spec. la missione n. 2 ("rivoluzione verde e transizione ecologica") del PNRR.

³⁰ Cfr. sul punto G. ROSSI, *Parte generale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 6.

³¹ Cfr. G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Giappichelli, Torino, 2020.

³² Cfr., *ex pluris*, il recente contributo di M. ROBINSON, *Climate Justice. Hope, Resilience, and the Fight for a Sustainable Future*, Bloomsbury, London, 2018 (traduz. italiana: *Climate justice. Manifesto per un futuro sostenibile*, Donzelli, Roma, 2020).

³³ «Intendendosi con tale terminologia evocare i vantaggi economici che la protezione in sé assicura» (Cons. Stato, sez. IV, sent. 16 novembre 2004, n. 7472).

linee erano fatte proprie da una parte dei disegni di legge esaminati³⁴, ma le conclusioni del dibattito parlamentare sono state di segno diverso, essendo prevalse considerazioni di carattere fortemente ambientalista, che propongono una dialettica conflittuale tra la dimensione degli ecosistemi e della biodiversità e quella dello sviluppo antropico. Questo contrasto, però, è tratteggiato senza che vengano offerti spunti per risolvere la tensione.

Se ci si interroga sul carattere necessario dell'intervento sull'art. 41 Cost., domandandosi se i termini oggetto della revisione non possano già essere ricavati dal testo vigente, in un'interpretazione sistematica della disposizione, vengono particolarmente in rilievo i pronunciamenti della Corte costituzionale sul c.d. "caso ILVA"³⁵. In tali circostanze, il giudice delle leggi non ha mancato di ricordare come anche per aziende di interesse strategico nazionale le considerazioni di ordine economico debbano essere bilanciate con quelle riferite al diritto alla salute («da cui deriva il diritto all'ambiente salubre») e al lavoro («da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso»)³⁶.

Da ultimo, la posizione della Corte sembra essere diventata più dura e incline a censurare, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, le soluzioni adottate da parte del legislatore³⁷. C'è da credere che la costituzionalizzazione degli indirizzi giurisprudenziali della Consulta rafforzerà il peso dell'ambiente e della salute nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti.

³⁴ In particolare, l'A.S. 938, di iniziativa Colina e altri (13 novembre 2018), volto a introdurre, tra l'altro, un quarto comma all'art. 9 («Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile», art. 2) e a integrare il riferimento tra i fini perseguiti ai sensi dell'art. 41, co. 3 (art. 3). In senso conforme, ma con soluzioni diverse quanto alla collocazione della modifica, l'A.S. 1203, di iniziativa Perilli (2 aprile 2019), che avrebbe inserito la promozione dello sviluppo sostenibile tra i compiti della Repubblica all'art. 9, e l'A.S. 1632, di iniziativa Bonino (2 dicembre 2019), di segno del tutto analogo, ma con l'integrazione collocata in calce all'art. 2.

³⁵ Il riferimento è in specie alle sentt. 9 maggio 2013, n. 85, 13 luglio 2017, n. 182 e 23 marzo 2018, n. 58.

³⁶ C. cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85, cons. diritto, 9. Subito dopo si trova la nota affermazione per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

³⁷ Cfr. C. cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58, cons. diritto, 3.2.

Si deve aggiungere che il nuovo art. 41 Cost. potrebbe anche offrire una copertura costituzionale ai valori che guidano le logiche dell'economia circolare, peraltro fatti propri da vari atti dell'Unione europea: numerose direttive e documenti programmatici fanno riferimento alla transizione verso un modello rigenerativo che superi l'economia lineare.

Diversi autori stranieri e italiani hanno riflettuto sull'importanza di innovare profondamente le logiche della produzione industriale e del consumo, di innescare un cambiamento che deve essere, a un tempo, culturale e accompagnato da una legislazione di riferimento e da politiche pubbliche mirate³⁸: la riflessione su reimpiego, rigenerazione e ripristino delle risorse, e la valorizzazione, a tal fine, del fattore lavoro, si riassume nel principio per cui il vecchio paradigma “dalla culla alla tomba” dovrebbe essere superato in favore di quello “dalla culla alla culla”³⁹.

8. Le lacune della riforma

Come si è detto, il testo approvato dal Senato può deludere anche in ragione delle sue lacune. In particolare, si è mancato di cogliere l'occasione per disegnare una disciplina dei processi decisionali, che accogliesse e regolasse le istanze di trasparenza, partecipazione e collaborazione tra scienza e politica, tanto salienti nella materia ecologica e ambientale. Non è stato dato un parametro di legittimità procedurale, né si trovano indicazioni sulle modalità di ricomposizione del pluralismo degli interessi⁴⁰.

La mancata predisposizione di efficaci strumenti di governo delle politiche ambientali rappresenta, del resto, una significativa costante negativa della storia istituzionale italiana, sol che si consideri tradizionale debolezza del Ministero competente, che nasce⁴¹ (e continua a esistere, pur alla luce di varie

³⁸ Cfr. *ex pluris*: P. LACY, J. RUTQVIST, *Waste to Wealth. The Circular Economy Advantage*, Palgrave Macmillan, London, 2015 (traduz. italiana: B. LAMONICA, P.L., J.R., *Circular economy. Dallo spreco al valore*, Egea, Milano, 2016); M. JACOBS, M. MAZZUCATO (a cura di), *Rethinking Capitalism. Economics and Policy for Sustainable and Inclusive Growth*, Wiley-Blackwell, London, 2016 (traduz. italiana: *Ripensare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2017); E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

³⁹ Cfr. il rapporto della Ellen MacArthur Foundation “*Towards the Circular Economy. Economic and business rationale for an accelerated transition*” (2013).

⁴⁰ Cfr. sul punto M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Audizione presso la 1^a Commissione permanente del Senato della Repubblica “Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione”*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2020, spec. pp. 17 ss.

⁴¹ Cfr. l. 8 luglio 1986, n. 349.

trasformazioni)⁴² caratterizzato da una vocazione più concertativa che operativa: perché l'azione del dicastero si dispieghi con la necessaria efficacia è necessario che su di esso ricada un peso politico contingente, e questo, nella pratica, accade molto di rado.

Peraltro, non si sono presi in considerazione altri principi costituzionali di particolare rilevanza e attinenza al tema: il dovere di solidarietà, ricavabile dall'art. 2 Cost., che viene richiamato da tempo negli studi di diritto ambientale e si affaccia nel diritto positivo con l'art. 3-*quater*, co. 3 del codice dell'ambiente⁴³; il principio di integrazione, ormai consacrato, come si è visto, dal quadro normativo europeo e dalla giurisprudenza costituzionale; l'idea che la tutela dell'ambiente debba accompagnarsi alla sua valorizzazione, che caricherebbe il precetto costituzionale di una dimensione di impulso operativo (come si prevede, all'art. 117, co. 3 Cost., a proposito dei beni culturali e ambientali).

Omesso ogni richiamo esplicito allo sviluppo sostenibile, se ne è costituzionalizzata soltanto una componente, quella dell'equità intergenerazionale, lasciando da parte quella intragenerazionale, cui pure le riflessioni più avanzate assegnano fondamentale importanza⁴⁴. Ma, sul punto, deve essere evidenziato un altro profilo di incompletezza, in quanto, con una formulazione limitata all'ambiente, si è mancato di introdurre il riferimento agli interessi dei cittadini del futuro in altri *loci* del testo costituzionale, nei quali avrebbe assunto una particolare pregnanza.

Infatti, negli ultimi anni la dottrina ha rilevato come si sia ormai affermata l'esigenza di garantire che, in avvenire, si possa continuare a godere delle risorse che garantiscono la libertà, i diritti e il benessere⁴⁵, anche come reazione alla

⁴² Da ultimo, col nome mutato da Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare a Ministero della Transizione ecologica, e accresciute competenze, ai sensi del d.l. 1° marzo 2021, n. 22, convertito con modificazioni con l. 22 aprile 2021, n. 55.

⁴³ «Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro» (art. 3-*quater*, co. 3 d. l.vo 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dal d. l.vo 16 gennaio 2008, n. 4).

⁴⁴ Cfr. ad esempio il documento “*Future We Want*”, conclusivo della Conferenza delle Nazioni unite sullo sviluppo sostenibile del 2002.

⁴⁵ «Il costituzionalismo non ha avuto, fino agli anni recenti, ragioni per preoccuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali. Ma molti motivi ne ha oggi, e drammatici», ricorda G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, p. 117.

tendenza per cui le politiche pubbliche vengono disegnate in preda a una «furia del presente»⁴⁶.

La doverosità della solidarietà intergenerazionale viene attualmente desunta dagli artt. 2 e 3 Cost., come pure dalla riflessione sulla «pretesa di validità eterna»⁴⁷ della legge fondamentale, i cui principi fondamentali non possono non presentare una intrinseca proiezione verso il futuro⁴⁸. Invero, non sono mancate iniziative di revisione costituzionale per introdurre un riferimento espresso in relazione a specifici articoli della prima parte della Costituzione, come l'art. 31⁴⁹ o l'art. 38⁵⁰.

La giurisprudenza costituzionale, del resto, ha preso in seria considerazione il tema sin dagli anni Ottanta, tanto per la materia ambientale⁵¹ quanto per quella dei diritti sociali⁵². Proprio in riferimento a questi ultimi il principio di equità e solidarietà intergenerazionale avrebbe potuto essere maggiormente valorizzato, specie considerando l'urgenza imposta dalle caratteristiche di alcune politiche, quali il sistema previdenziale a ripartizione, la cui sostenibilità risulta critica anche in una prospettiva di breve periodo.

Considerazioni di segno analogo spingono a considerare riduttivo il riferimento ai fini ambientali come limite e obiettivo dell'iniziativa economica, in quanto l'ordinamento li ha ormai incorporati anche tra i canoni che devono informare le norme in materia di proprietà, *ex art.* 42 Cost. (per esempio, nel caso di vincoli

⁴⁶ U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 176 ss.

⁴⁷ P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. Sviluppo storico*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2000, p. 6.

⁴⁸ Per esempio, sul valore intergenerazionale dell'art. 81, per come riformato nel 2012, con l'introduzione del vincolo di pareggio di bilancio, cfr. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2014, spec. p. 12.

⁴⁹ Nella XVI Legislatura, la Camera dei deputati aveva approvato in prima lettura un testo che, tra le altre disposizioni, relative all'età di elettorato attivo e passivo, integrava l'art. 31 Cost. con il principio per cui la Repubblica «informa le proprie scelte al principio di equità tra generazioni» (A.C. 4358 e abbinati, nel testo approvato il 21 settembre 2011).

⁵⁰ Sul punto, si segnalano due iniziative di revisione costituzionale presentate nella XVII Legislatura: l'A.C. 3478, di iniziativa Mazziotti di Celso e altri (4 dicembre 2015), mirava a sostituire il quarto comma dell'art. 38 con la disposizione per cui ai compiti previsti nell'articolo avrebbero provveduto «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato secondo principi di equità, ragionevolezza e non discriminazione tra le generazioni»; l'A.C. 3858, di iniziativa Preziosi e altri (25 maggio 2016), volto ad aggiungere, dopo il secondo comma, il seguente: «Il sistema previdenziale è improntato ad assicurare l'adeguatezza dei trattamenti, la solidarietà e l'equità tra le generazioni nonché la sostenibilità finanziaria».

⁵¹ Dalla sent. del 27 ottobre 1988, n. 1002 (cons. diritto, 3), alla recente sent. 4 maggio 2017, n. 93 (cons. diritto, 8.1).

⁵² Di «patto tra le generazioni, su cui il sistema previdenziale si regge» parla la sent. 9 novembre 2020, n. 234 (cons. diritto, 18.8).

relativi a proprietà inserite nei parchi), o di sfruttamento del suolo, *ex art. 44 Cost* (il cui indirizzo razionale deve essere orientato a una sostenibilità duratura)⁵³.

Sempre riguardo all'art. 41 Cost., si deve osservare come il nuovo richiamo alla salute e all'ambiente non si sia accompagnato a quello relativo ai beni culturali: il che appare in controtendenza rispetto a una tendenza che risale alla "legge Bottai" (1° luglio 1939, n. 899), che ha tradizionalmente interpretato in modo omogeneo la tutela dell'uno e dell'altro valore; questo può forse suggerire un'apertura a una possibile differenziazione.

9. Riferimenti di diritto comparato

Come ulteriore argomento su cui concentrare la riflessione, a titolo di utile riferimento di diritto comparato, è possibile dar conto di come due leggi fondamentali appartenenti alla stessa generazione di quella italiana, il *Grundgesetz* tedesco del 1949 e la Costituzione francese del 1958, abbiano integrato, in epoche successive alla loro approvazione, riferimenti al tema ambientale⁵⁴.

Per quanto riguarda la Repubblica federale tedesca, dopo lunghe discussioni (in un decennio, peraltro, contrassegnato dall'emersione politica del movimento dei Verdi), la Legge fondamentale è stata integrata, con legge del 27 ottobre 1994, dall'art. 20A: questo non qualifica l'ambiente salubre come diritto fondamentale, né produce in capo ai singoli pretese giustiziabili, ma stabilisce che lo Stato e i pubblici poteri abbiano la responsabilità di tutelare i fondamenti naturali della vita (tra i quali viene ricondotto il clima) e gli animali, anche nell'interesse delle generazioni future⁵⁵.

Proprio sul parametro della solidarietà intergenerazionale è intervenuto un recentissimo pronunciamento del Tribunale costituzionale federale (24 marzo 2021), il cui Primo senato ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune previsioni del

⁵³ Cfr. sul punto l'art. 3-*bis*, co. 1 del codice dell'ambiente, che riconduce la disciplina ambientale ai principi di cui agli artt. 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44 e 117 Cost.

⁵⁴ Testi costituzionali più recenti tendono a offrire una certa ampiezza di riferimenti. In particolare, si può ricordare la Legge fondamentale ungherese del 2011, che, all'art. XXI, afferma il diritto di ciascuno a vivere in un ambiente sano, costituzionalizza il principio "chi inquina paga" e vieta l'importazione di rifiuti inquinanti a titolo di deposito. Fuori dall'Europa, la Costituzione brasiliana del 1988 presenta, all'art. 225, una disposizione per la quale tutti hanno il diritto a vivere in un ambiente «ecologicamente equilibrato», imponendosi peraltro ai pubblici poteri una dettagliata serie di obbligazioni per garantire l'effettività del precetto.

⁵⁵ «Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung» (art. 20A GG). Il riferimento agli animali è stato introdotto con la legge di revisione del 26 luglio 2002.

Bundes-Klimaschutzgesetz del 2019, in materia di soglie di emissioni inquinanti. In questa decisione, pur escludendo un primato dell'ambiente rispetto ad altri valori costituzionali, il Tribunale ha affermato che, nel bilanciamento, si debba tener conto della potenziale irreversibilità delle conseguenze di un aumento degli agenti inquinanti, specialmente riguardo all'impatto sul clima: questo fa sì che le ragioni ecologiche debbano avere un peso superiore rispetto a quelle relative a interessi diversi; se la tutela dell'ambiente deve essere praticata anche nell'interesse delle generazioni future, gli attori istituzionali non possono, con le loro decisioni, metterne in pericolo il godimento dei diritti di libertà («*die Schonung künftiger Freiheit verlangt auch, den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten*»)⁵⁶.

In questa sentenza si possono cogliere echi di altri importanti pronunciamenti, quali quelli delle corti dei Paesi Bassi. Una prima causa celebre prende avvio dall'istanza di una fondazione civica e ambientalista ("Urgenda") che richiedeva alla magistratura di ordinare al Governo una riduzione delle emissioni di gas serra di almeno il 25% rispetto al livello del 1990, entro il 2020. I ricorrenti avrebbero ottenuto ragione in primo grado, in ragione della riconosciuta congruenza del *quantum* oggetto della domanda con le raccomandazioni scientifiche più accreditate e dell'obbligo di astenersi da comportamenti negligenti ricavabile dalle norme sulla responsabilità extracontrattuale⁵⁷; così, la questione si sarebbe spostata anche sul piano della divisione dei poteri, la cui lesione veniva invocata dalle autorità esecutive olandesi come motivo di appello.

In secondo grado e di fronte alla Corte suprema il verdetto dei giudici di prima istanza sarebbe invece stato confermato, alla luce dell'obbligo, in capo ai pubblici poteri, di prevenire la violazione di diritti fondamentali dei cittadini, pur nella conservazione un margine di apprezzamento quanto alle modalità da adottare per il conseguimento di un risultato utile; venendo peraltro accolta l'ulteriore argomentazione degli ambientalisti per cui un mancato avrebbe comportato un pregiudizio rispetto alle situazioni giuridiche di cui agli artt. 2 e 8 della CEDU (diritto alla vita e diritto al rispetto della vita privata e familiare)⁵⁸.

Più di recente, la stessa *ratio decidendi* ha orientato un pronunciamento (di primo grado) che va a incidere non già sulla politica energetica del Governo, ma

⁵⁶ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, Leitsätze, 4.

⁵⁷ Cfr. Rechtbank den Haag, Team handel, beschikking van 7 april 2015, C/09/477807 / HA RK 14-638.

⁵⁸ Cfr. Gerechtshof den Haag, Afdeling Civiel recht, arrest d.d. 23 januari 2018, 200.200.508/01; Hoge Raad der Nederlanden, Civiele kamer, arrest d.d. 13 december 2019, 18/01945. Sul caso "Urgenda", cfr. anche M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sul rispetto dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2, 2020, pp. 521 ss.

sulla libertà economica (e la posizione di mercato nel panorama a mondiale) di un soggetto privato, quale la compagnia petrolifera Shell, alla quale è stato ingiunto di ridurre del 45% le proprie emissioni globali, rispetto al livello del 2019, entro il 2030⁹⁹.

Quanto alla Costituzione francese, essa è stata emendata con la revisione operata *ex lege* costituzionale del 1° marzo 2005, la quale ha introdotto, nel preambolo del testo, un riferimento alla *Charte de l'environnement* del 2004, a fianco della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e al preambolo della Costituzione del 1946. Così, i diritti e i doveri previsti da questo nuovo testo si integrano nel *bloc de constitutionnalité* e acquisiscono piena giuridicità e valore di parametro nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale, il quale ne ha ricavato obblighi in capo ai soggetti istituzionali. La *Charte* afferma, tra l'altro, che «*chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*» (art. 1) e che «*les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable*» (art. 8): il diritto a un ambiente salubre non può essere limitato se non in nome di esigenze costituzionalmente fondate e in modo proporzionato agli obiettivi perseguiti.

Peraltro, è in corso un'iniziativa di revisione che prende le mosse dal testo approvato dal Consiglio dei ministri il 20 gennaio 2021, volto a integrare l'art. 1 della Costituzione con il principio per cui la Repubblica «*garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique*»: particolarmente significativi appaiono la distinzione tra ambiente e biodiversità e il riferimento al cambiamento climatico. La proposta del Governo è stata approvata senza modifiche dalla Camera (16 marzo), mentre il Senato, il 10 maggio, ha deliberato una nuova formulazione che sembra superare quell'"obbligazione di risultato" suggerita dalla versione iniziale: la Francia «*présERVE l'environnement ainsi que la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique, dans les conditions prévues par la Charte de l'environnement de 2004*».

Non è chiaro quale potrà essere il rilievo pratico della riforma, nel caso in cui si giungesse all'approvazione definitiva. Certamente, anche per la scelta di intervenire sul primo articolo del testo costituzionale, dove si iscrivono i caratteri fondamentali della forma di Stato, si può immaginare che il peso dei valori ambientali nel bilanciamento di interessi verrà ad acquisire un rilievo particolare. Non deve però essere trascurata la forza simbolica della riforma in sé, che si propone come un tentativo di riabilitazione della Costituzione come programma di azione per i pubblici poteri. La politicità di questo intervento è testimoniata tanto dall'annuncio che nell'*iter* di approvazione si iscriverà un passaggio

⁹⁹ Cfr. Rechtbank den Haag, Team handel, vonnis van 26 mei 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379.

referendario⁶⁰, quanto dal fatto che il Senato, dove si esprime una maggioranza conservatrice e centrista, abbia voluto dar luogo, con l'approvazione di modifiche, a una *navette* parlamentare destinata a dilatare i tempi, forse anche oltre la tornata elettorale del 2022.

Sulla qualificazione degli animali distinta da quella delle comuni cose mobili, in ragione del loro carattere di esseri senzienti, è possibile rilevare come, oltre agli approdi europei e convenzionali, il diritto statale abbia, in molte esperienze, espresso posizioni innovative rispetto alla concezione classica. È il caso anzitutto della Francia, a partire dalla revisione della legislazione rurale del 1976⁶¹; ma si possono segnalare anche gli interventi normativi della Svizzera⁶², della Germania⁶³, della Colombia⁶⁴, del Cile⁶⁵.

Una linea di segno più radicale può invece essere ricostruita a partire da alcune tendenze dell'ordinamento argentino, dove si è affacciata l'idea di riconoscere in capo agli animali (almeno ai più sensibili e intelligenti) la natura di "soggetti di diritto" e addirittura lo *status* di "persone non umane". In proposito si può citare un importante precedente giurisprudenziale (relativo a una femmina di orango)⁶⁶,

⁶⁰ Così il presidente Macron, nel discorso pronunciato davanti ai membri della *Convention citoyenne pour le climat* il 14 dicembre 2020.

⁶¹ «*Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce*» (come ora si legge all'art. L214-1 del *code rural et de la pêche maritime*). Cfr. anche l'art. 515-14 del codice civile, nel testo in vigore dal 2015: «*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens*».

⁶² Recita l'art. 641a del codice civile, introdotto nel 2002: «1. Gli animali non sono cose. 2. Salvo disciplinamenti particolari, le prescrizioni applicabili alle cose sono parimenti valide per gli animali».

⁶³ «*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*» (§ 90a BGB, aggiunto nel 1990).

⁶⁴ «*Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas*», si legge all'art. 655 del codice civile, come modificato dalla *ley* 1744 del 2016, la quale, all'art. 1, prevede che «*Los animales coma seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por las humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican coma punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a las animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial*».

⁶⁵ La *ley* 20380 del 2009 ha riconosciuto in capo agli animali il carattere di «*seres vivientes y sensibles que forman parte de la naturaleza*» (art. 2).

⁶⁶ «*La orangutana Sandra es una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas*» (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) y otros c/ GCBA y

le cui acquisizioni sono fatte proprie da una recentissima e articolata proposta di legge⁶⁷.

10. Conclusioni

Il Parlamento della XVIII Legislatura ha dato spesso prova di essere molto sensibile al tema della propria rilegittimazione di fronte all'opinione pubblica, cercando di manifestare il proprio *idem sentire* con alcune istanze particolarmente avvertite dalla società: tra queste, ovviamente, spicca la dimensione della salvaguardia dell'ambiente, attualmente fatta propria da figure e movimenti molto diversi per storia, riferimenti e prospettive (da papa Francesco a Greta Thunberg!).

Una lettura di questo intervento di revisione costituzionale non può, pertanto, prescindere da una riflessione sul carattere simbolico-comunicativo dell'intervento, che risulta qui centrale qui (come pure nel caso della riduzione del numero di parlamentari approvata dalle Camere nel 2019 e confermata dal *referendum* del 2020). La riforma non rappresenta una "bandiera" di parte, ma della politica tutta, la quale ha saputo intestarsela senza particolari eccezioni, in una prospettiva unanimistica e consensuale.

Come in altri casi, se è difficile dissociarsi dalle istanze sottese all'iniziativa, maggiori riserve possono essere espresse quanto al suo contenuto concreto. Se ci si interroga sui caratteri innovativi, emerge con chiarezza un accresciuto potere degli interpreti: immettendo nell'ordinamento e nei suoi principi fondamentali

el jardín zoológico de la CABA s/ Amparo, Juzgado de primera instancia en lo contencioso, administrativo y tributario de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, Juzgado n° 4 – 21.10.15). In senso conforme, cfr. Orangutana Sandra s/ recurso de cadación s/ habeas corpus, Camara federal de Casacion penal – 18.12.14.

⁶⁷ Il *proyecto de ley* 1358-D-2021 "Reconocer, consagrar y asignar a los animales de acuerdo con sus particulares características la categoría de persona no humana y sujetos de derechos", presentato dalla deputata Graciela Camaño, è volto a «reconocer como sujetos de derecho a los animales que, por sus particulares características, revisten la calidad o condición de personas no humanas» (art. 1, lett. a)). Le caratteristiche che si accompagnano al riconoscimento dello *status* di "persona non umana" sono quelle degli animali che «por su nivel de inteligencia, o su capacidad de razonamiento para elegir, o su sensibilidad, o su aptitud para el aprendizaje, o su comprensión del lenguaje de los signos humanos, o su empatía y relacionamiento con el medio, o sus modos de sentir y de demostrar su sentimiento, o su sufrimiento, o su capacidad para generar y mantener lazos afectivos, o bien si por otras razones demuestran contar con especiales capacidades cognitivas y/o sintiencias complejas que los distinguen de las restantes especies». Gli animali di questo tipo dovrebbero avere diritto alla vita, alla libertà, a non soffrire e alla salute e assistenza (art. 4), e si vorrebbe impedire che siano fatti oggetto di transazioni commerciali, esposizione al pubblico, sperimentazione o detenzione in cattività (art. 5).

concetti che si accompagnano a una connotazione positiva e a esigenze di tutela, si lascia loro il compito di delimitare obblighi e limiti in capo ai pubblici poteri, nonché di risolvere le antinomie che si verranno a creare con gli interessi già iscritti nella Carta costituzionale. Ogni nuovo valore iscritto nella legge fondamentale, infatti, non è sottratto al bilanciamento, ma il suo peso corrisponde a quello che, in concreto, l'interprete gli attribuisce: anche quando un valore viene esplicitato insieme ad altri, questa espressione rischia di rivelarsi infruttuosa, senza l'adesione degli operatori del diritto a nuovi tipi di bilanciamento⁶⁸.

Il fatto che molti esiti consolidati della riflessione sul valore giuridico dell'ambiente sembrino essere ignorati lascia poi un'impressione di arretratezza e provincialismo, anche in ragione del mancato confronto costruttivo e critico con il diritto dell'Unione europea. Per contro, il richiamo alle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale, tutta costruita sulla sola nozione di "paesaggio", rischia invece quasi di svilirla: se la Consulta ha tratto dalla disposizione attuale ciò viene positivizzato, la revisione costituzionale sembra qualificare *a posteriori* i risultati ermeneutici dei giudici delle leggi come eccessivamente estensivi. Analoghe considerazioni valgono per gli interessi delle generazioni future, che, come si è visto, troverebbero espresso riconoscimento costituzionale solo limitatamente a una delle fattispecie rispetto alle quali la Corte ne ha riconosciuto la rilevanza: è invece chiaro come non sia solo l'ambiente a dover essere conservato a garanzia dei posteri.

Infine, rispetto al testo del nuovo art. 41, co. 2 Cost., l'inserimento di riferimenti all'ambiente e alla salute dovrebbe orientare la lettura di quelli preesistenti (dato che, se si ritiene necessaria un'integrazione, è possibile dubitare che i due concetti siano già implicitamente ricavabili): così, risulterebbe diminuita la portata del valore della dignità umana, che non assurgerebbe più a riferimento di carattere generale, ma si ridurrebbe a termine di un elenco, non sovraordinato agli altri.

In definitiva, la proposta analizzata partecipa di molte caratteristiche costanti del riformismo costituzionale italiano, associando alle buone intenzioni un'eccessiva timidezza compromissoria, che, se rischia di rivelarsi poco efficace, allo stesso tempo non manca di manifestare lacune, incertezze e qualche contraddizione.

⁶⁸ Come si ricava, tra i molti, dalle considerazioni di N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Müller, Heidelberg, 1993 (traduz. italiana: *Esistono ancora norme indispensabili?*, a cura di R. PRANDINI Armando, Roma, 2013).

Forum di Quaderni costituzionali Rassegna
Fascicolo n. 2/2021